Lohnzahlung bei Arbeitshinderung durch Teilstreik.

Die Kausalität der Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers (als der einen Voraussetzung seines Annahmeverzuges) für die Arbeitshinderung im Falle des Teilstreiks.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Böhlhoff, Gerichtsreferendar

aus Charlottenburg.

Marburg 1927.

Druckerei Concordia Sp. Akc., Posen.

Lohnzahlung bei Arbeitshinderung durch Teilstreik.

Die Kausalität der Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers (als der einen Voraussetzung seines Annahmeverzuges) für die Arbeitshinderung im Falle des Teilstreiks.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Juristischen Fakultät
der Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Böhlhoff, Gerichtsreferendar
aus Charlottenburg.

Marburg 1927.
Druckerei Concordia Sp. Akc., Posen.

Von der juristischen Fakultät als Dissertation
angenommen am 18. März 1927.

Berichterstatter:
Prof. Dr. Schulz-Schaeffer.

Schrifttum.

I.

Adler: Annahmeverzug oder Betriebsgefahr? A. R. 1922, S. 353 ff.

Boer: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. Gruchots Beiträge Bd. 54, S. 505 ff.

Buchwald: Lohnanspruch bei Streik. A. R. 1922, S. 258 f.

Buchwald: Lohnanspruch bei Betriebsstockung. A. R. 1923, S. 361 ff.

Buschmann: Zur Rechtsnatur des Arbeitsvertrages in „Der Arbeitgeber“ 1922, S. 353.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1923.

v. Gierke, Otto: Die Wurzeln des Dienstvertrages im deutschen Recht. 1914.

Groh: Koalitionsrecht. 1923.

Harmsen, Heinz: Lohnzahlung bei Betriebsstockungen. 1925.

Hedemann: Lohnzahlung bei Arbeitshinderung. 1923.

Hedemann: Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem in „Die sozialen Probleme des Betriebes“. 1925, S. 17.

Hein: Einfluß von Wirtschaftskrisen auf bestehende Arbeitsverträge. JW. 1925, S. 185.

Heller: Lohnanspruch bei Streik. A. R. 1922, S. 481.

Herschel: Der Lohnanspruch des Arbeitswilligen im Falle des Teilstreiks. A. R. 1923, S. 673 ff.

Hoeniger, Georg: Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrage. JW. 1922, S. 1703.

Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts. Das Arbeitsvertragsrecht. 1921.

Kaskel: Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen. NZfA. 1922 S. 1 ff.

Kohler: Der Gläubigerverzug. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13, S. 149 ff.

Leonhard: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts in kurzen Sätzen. 1923.

Lindig: Heizerstreik. Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Bd. 26, S. 172.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. 1908.

Motive zum Entwurf eines BGB.

Nörpel, Clemens: Die soziale Betriebsgemeinschaft als Verlustgemeinschaft der Angestellten und Arbeiter in „Afa-Bundeszeitung“ 1925, S. 158.

Nörpel, Cl.: Neue Wege der Rechtsprechung. A. R. 1926, S. 101.

Nörpel, Cl.: Soziale Arbeits- und Betriebsgemeinschaft in „Die Arbeit" 1925, S. 221.

Oertmann: Kommentar zum BGB. 1913.

Oertmann: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. 1918 in „Archiv für zivilistische Praxis", Bd. 116, S. 1 ff.

Oertmann: Lohnanspruch der Arbeitswilligen? NZfA. 1922, S. 461 ff.

Oertmann: Betriebseinstellung infolge von Rohstoff- und Kohlenmangel. Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Bd. 23, S. 313.

Oertmann: Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei Arbeitseinstellungen. Ebenda Bd. 25, S. 5 ff.

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923.

Oertmann: K. A. Annahmeverzug. 1925.

Planck: Kommentar zum BGB. 1913.

Potthoff: Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? A. R. 1922, S. 267.

Potthoff: Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis. J. W. 1922, S. 551 ff.

Potthoff: Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik. A. R. 1923, S. 673 ff.

Potthoff: Zivilrecht, Arbeitsrecht und Steuerrecht. A. R. 1925, S. 241.

Potthoff: Die sozialen Probleme des Betriebes. 1925, S. 1 ff.

Potthoff: Rechtsfortschritt durch Rechtsprechung. A. R. 1926, S. 105.

Potthoff: Betriebsgemeinschaft als Rechtsfortschritt in „Afa-Bundeszeitung" 1926, S. 13.

Protokolle zum Entwurf eines BGB.

Reichsgerichtsräte — Kommentar zum BGB. 1923.

Schmincke: K. A. Stromsperre.

Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 1905.

Simson: Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen. 1925.

Simson: Die Bedeutung des Solidaritätsgedankens für das Arbeitsrecht. A. R. 1925, S. 417.

Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts. 1921.

Sinzheimer: Absatzstockung und Arbeitsvertrag. A. R. 1924, S. 473.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 1913.

Stein: Partielle Streiks und deren rechtliche Folgen. JW. 1912, S. 507.

Titze: Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.

Titze: Recht des kaufmännischen Personals in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 1922.

Titze: Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis. JW. 1922, S. 548.

Trautmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag. Gruchots Beiträge Bd. 59, S. 434 ff.

Vollbrecht: Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer unter sich, mit dem Arbeitgeber oder Berufsverbundenheit der Arbeitnehmer? A. R. 1926, S. 773.

Westphal: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entlohnung des seine Dienste anbietenden Arbeitnehmers, auch wenn seine Arbeit unausführbar ist. JW. 1921, S. 323.

Wirtz: Einwirkung von Kohlen- und Elektrizitätsmangel auf den Arbeitsvertrag. Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Bd. 23, S. 208.

II.

Afa-Bundeszeitung. Gewerkschaftliche Monatsschrift.

Die Arbeit, Zeitschrift für Gewerkschaftskunde und Wirtschaftspolitik (Leipart).

Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Vereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände.

Arbeitsrecht (A. R.) Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. (Potthoff.)

Deutsche Juristenzeitung (DJZ).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE.).

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (GKG.).

Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen von Karger-Erdmann (Jahrb. K. E.)

Jahrbuch des Arbeitsrechts von Hoeniger, Heinrich.

Hanseatische Gerichtszeitung Abt. Arbeitsrecht (Siemsen zit. Hans. G. Z. A. R.)

Kartenauskunftei des Arbeitsrechts, Stuttgart (K. A.).

Leipziger Zeitschrift.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Dersch, Kaskel, Sitzler und Syrup. zit. NZfA).

Schlichtungswesen, Monatsschrift für Schlichtung und Arbeitsrecht (Schl. W.).

Gliederung.

Meinen lieben Eltern

zugeeignet.

§ 1

Einleitung und Problemstellung.

Das Problem der Rechtslage beim Teilstreik, also die Frage, ob im Falle eines Teilstreiks die an der Arbeit verhinderten Arbeitswilligen gegen den Arbeitgeber trotz Nichtleistung der Arbeit den Lohnanspruch behalten, ist in der Zeit nach dem Kriege sehr häufig erörtert und umstritten worden. Es stellt eine Unterfrage des Problems der Lohnzahlung bei Arbeitshinderungen überhaupt dar und hat wegen der meist großen Zahl der Beteiligten und der praktischen Bedeutung der zu dieser Frage ergangenen Entscheidungen auch in der Öffentlichkeit weitgehende Beachtung erfahren. So zeigte sich nicht nur in Juristenkreisen, sondern auch auf seiten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine lebhafte Anteilnahme an der Frage und ihrer Beantwortung: Die Entscheidungen wurden bei ihrer notwendig weitgreifenden und tiefgehenden Wirkung zum Brennpunkt des Interessenstreits der Beteiligten und hoben das Problem vor anderen arbeitsrechtlichen Fragen im Kampf der Meinungen besonders hervor. So fanden vom Interessenstandpunkt der Parteien aus gesehen die Anschauungen der Rechtslehre und Rechtsprechung nach dem jeweiligen Ergebnis lebhafte Zustimmung oder Ablehnung.

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gesetzt, unbefangen an die Dinge heranzugehen, unbeeinflußt von subjektiven und Interessemomenten einen Standpunkt über den Parteien zu gewinnen und objektiv eine in gleicher Weise dem Gesetz und den modernen Anschauungen entsprechende neue Lösung des Problems zu finden.

Das dem Lohnanspruch zugrundeliegende Rechtsverhältnis ist ein Vertrag und scheint ein einfacher Dienstvertrag des BGB. zu sein. Es wird sich aber herausstellen, daß die Gedankengänge des BGB. in ihrem alten Gewand nicht in allem mehr der Wirklichkeit des Lebens gerecht zu werden vermögen. Denn die Verhältnisse auf den der Arbeitsrechtswissenschaft zugrundeliegenden Gebieten haben sich seit der Schöpfung des BGB., besonders im Hinblick auf das Problem des Teilstreiks, grundlegend gewandelt. Die moderne Gestaltung des Großbetriebes bedingte eine Zusammenfassung der

Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Kollektivgruppen, eine Tatsache, deren rechtliche Wertung ihrer Erkenntnis bald folgte. So sind gegenüber den ursprünglich nur das Verhältnis vom Einzelnen zum Einzelnen betrachtenden individualistischen Anschauungen der Vorkriegszeit kollektivistische Gedankengänge aufgetaucht, die der tatsächlichen Bezogenheit des Einzelarbeitnehmers zu seinen Kollegen und seinem Betriebe auch rechtliche Wirkungen zusprechen wollen, Gedankengänge, von denen es zweifelhaft ist, ob sie mit den alten Dogmen des BGB. zu vereinbaren sind. Ja, es ist sogar die Anwendbarkeit der BGB.-Vorschriften überhaupt neuerdings geleugnet worden. Man hat den modernen Arbeitsvertrag ganz losgelöst vom BGB. als einen begrifflich nicht unter den Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts zu subsumierenden Vertrag besonderer Art, einen aus deutschrechtlichen Elementen zusammengesetzten, personen-(nicht schuld-) rechtlichen Vertrag auffassen wollen, und hat dementsprechend das Schuldrecht des BGB. hierauf für schlechthin unanwendbar erklärt.

Die Berechtigung dieser Ansicht wird noch zu prüfen sein. Die vorliegende Arbeit wird aber — das sei jetzt schon festgestellt — versuchen, soweit möglich sich im Rahmen des BGB. zu halten, und wird doch die neuen, meist mit dem Kennwort „Kollektivismus" bezeichneten Erscheinungen in einem eigenen Lösungsversuch gemäß der Fragestellung ihres Unterthemas auch im individualistisch eingestellten BGB. systematisch zu fassen sich bemühen.

Hierbei soll zunächst ganz allgemein von Arbeitshinderungen gehandelt werden, ohne daß der Fall des Teilstreiks, der anders gelagert ist als die sonstigen Arbeitshinderungen, näher und besonders ins Auge gefaßt wird. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß bei diesen allgemeinen Fällen nicht von solchen Arbeitshinderungen die Rede sein wird, die ihren Grund in der Person des Arbeitgebers oder Einzelarbeitnehmers haben; sondern es handelt sich um die Fälle, in denen eine Anzahl Arbeitnehmer, die arbeitswillig und -fähig auf der Arbeitsstätte erscheinen, ihre zur Verfügung stehende Arbeitskraft nicht verwerten können, da aus irgend einem, weder beim Arbeitgeber noch beim Einzelarbeitswilligen liegenden Grunde die Fortführung des Betriebes unmöglich ist. (Abbrennen der Fabrik; unverschuldeter Materialmangel; Maschinendefekt; Ausbleiben des Stroms.)

Daraus erhellt schon, daß Arbeitshinderungen, die irgend jemand der Beteiligten verschuldet hat, z. B. der Fall, daß durch die Schuld des Arbeitgebers die Maschine, an der der Arbeitswillige zu arbeiten hat, unbrauchbar geworden ist, bei den vorliegenden Betrachtungen außer acht bleiben werden. Ein Streit dürfte auch hier wegen der klaren Regelung des BGB. in den §§ 324, 325 kaum entstehen. Die

Aufgabe der vorliegenden Untersuchung erstreckt sich sowohl im allgemeinen wie im besonderen Teil nur auf die Feststellung und Begründung von Lohnansprüchen der Arbeitswilligen in den Arbeitshinderungsfällen, deren Eintreten keiner der Parteien direkt als Einzelperson zuzurechnen ist.

A. Historisch-kritische Darstellung der Rechtslehre und Rechtsprechung.

I. Arbeitshinderungen im allgemeinen.

§ 2

Regelmäßige Fragestellung nach bürgerlichem Recht: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug.

Die an der Arbeit verhinderten Arbeitnehmer werden ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung während der Zeit der Arbeitshinderung richten auf Erfüllung des Dienstvertrages durch den Arbeitgeber nach § 611 [1]) und behaupten, dieser sei nach § 615 in Annahmeverzug gekommen. In diesem Falle behielten sie für die ganze Dauer des Verzuges trotz Nichtleistung der Arbeit und ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, den vollen Lohnanspruch. Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm ordnungsmäßig angebotene Leistung nicht annimmt, und aus § 297 ergibt sich, daß er nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner zur vertragsmäßigen Leistung außerstande ist, daß also die Leistung möglich sein muß in der im Vertrag bestimmten Weise, so wie sie zu bewirken ist. (§ 294). Sind diese beiden Voraussetzungen gegeben: ist eine mögliche Leistung dem Gläubiger angeboten und vom Gläubiger nicht angenommen worden, so kommt der Gläubiger in Verzug.

Diese Nichtannahme äußert sich bei Tätigkeitsleistungen, wie sie der Dienstvertrag verlangt, anders als bei den gewöhnlichen Sachleistungen wie der Verpflichtung aus einem Kaufvertrage. Beim Dienstvertrage muß der Gläubiger, der Arbeitgeber, selbst noch etwas zum Zustandekommen der Leistung des Arbeitnehmers tun, um diese überhaupt zu ermöglichen. Er muß mitwirken zur Erfüllung durch ein positives Tun z. B. das Zur-Verfügungstellen der Arbeitsräume; er kommt also in Verzug, wenn er diese Mitwirkung unterläßt: die Nichtannahme des § 293 ist in diesem Falle eine Mitwirkungsunterlassung seitens des Gläubigers. Wir haben also als Voraussetzungen des Anspruchs der an der Arbeit verhinderten

[1]) Paragraphen ohne Zusatzbezeichnung sind solche des BGB.

Arbeitnehmer festgestellt: 1. Angebot einer möglichen Leistung durch den Arbeitnehmer; 2. (Nichtannahme oder) Mitwirkungsunterlassung durch den Arbeitgeber, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt. Der Arbeitgeber wird dann, wenn er nicht in der Lage ist vertragsgemäß zur Erfüllung mitzuwirken, also immer wenn der Betrieb aus irgend einem Grunde ruht, das Vorliegen der Voraussetzung 2 wohl kaum bestreiten können, da ja kein Verschulden erfordert wird; er wird aber versuchen, das Nichtvorliegen der Voraussetzung 1 des Annahmeverzuges, die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung, darzutun. Er wird sich dazu berufen auf § 323, der dem Schuldner, der allerdings seinerseits auch seiner Leistungspflicht aus dem Vertrage nach § 275 ledig wird, „bei Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung" den Anspruch auf die Gegenleistung, also auf Lohnzahlung, nimmt. Es handelt sich bei unserem Problem also um das Verhältnis, die Beziehungen und Gegensätze der §§ 615 und 323 BGB., eine Streitfrage, die auch, als man an modernes Arbeitsrecht noch nicht dachte, unter der Parole: hie Annahmeverzug, hie Unmöglichkeit der Leistung eine große Rolle gespielt hat.

Schon im römischen und gemeinen Recht hat das Problem Beachtung gefunden, und Motive und Protokolle zum Entwurf des BGB. zeigen das Interesse, das man dieser wichtigen Frage entgegenbrachte.[2]) Als erste ausführliche Arbeit ist das Werk von Titze: „Die Unmöglichkeit nach deutschem bürgerlichem Recht" 1900 anzusehen, das lange Zeit richtunggebend in seinem Bereich gewesen ist. Titze stellt als erster fest, daß bei Tätigkeitsleistungen zur Erfüllung des Vertrages seitens des Schuldners zur Bewirkung der Leistung zwei Voraussetzungen gehören: 1. die Person des Schuldners, die subjektive Voraussetzung, 2. die Räumlichkeit, in der der Schuldner tätig werden soll, die objektive Voraussetzung der Erfüllung oder das Substrat der Tätigkeit.[3]) Diese objektive Voraussetzung fehlt bei Arbeitshinderungen, und da beide Voraussetzungen für die Möglichkeit der schuldnerischen Leistung nach Titze als gleichwertig anzusehen sind, s o bedingt die Untauglichkeit des Substrats auch zugleich die Unmöglichkeit der Schuldnerleistung. Damit stellt sich Titze auf den Standpunkt, daß als Leistung im Sinne des § 323 die Gesamtheit der Leistungshandlungen [4]) anzusehen sei, und behauptet nun einfach, da dem Schuldner die ihm obliegende Leistung unmöglich sei (§ 323), verliere er den Anspruch auf Lohnzahlung. Er läßt also den Arbeitnehmer für jeden Erfüllungshinderungsgrund schlechthin einstehen.

---

[2]) Auf die Stellung des Problems im römischen und gem. Recht und seine Behandlung dort wird zur besseren Klarstellung erst, wenn die Fragestellung scharf hervorgehoben sein wird, im § 3 unten näher einzugehen sein.

[3]) Unmöglichkeit S. 21 ff.

[4]) Ebenso Lotmar Bd. II, S. 282; Dernburg § 305 III b; v. Karger DJZ. 1920, S. 710 ff.

Man kann sich gegen dieses Ergebnis auch nicht damit wehren, daß man behauptet, trotz der Unmöglichkeit der Leistung komme der Arbeitgeber in Annahmeverzug. Denn es dürfte heute allgemein anerkannt sein, daß Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug nicht nebeneinander bestehen können, eine Meinung, der klar und logisch Titze Ausdruck verliehen hat durch den Satz: „Annahmeverzug und Unmöglichkeit sind unvereinbare Gegensätze, weil der Annahmeverzug die Möglichkeit der Leistung zur begrifflichen Voraussetzung hat.“ Liegt wirklich Leistungsunmöglichkeit vor, kann kein Annahmeverzug gegeben sein.[5]) Es kommt demnach auf die Abgrenzung der beiden Begriffe an. Wie eben klargelegt, schiebt Tietze die Grenze der Unmöglichkeit sehr weit in das Gebiet des Annahmeverzuges hinein. Um die Härte dieser Ansicht für den Schuldner etwas zu mildern, führt er den Begriff der „abstrakten Möglichkeit“ ein, und es kommt für ihn für die Untersuchung, ob Annahmeverzug oder Unmöglichkeit, darauf an, ob „die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistung in abstracto sämtlich vorliegen, der Gläubiger aber, weil er nicht will oder nicht kann, es unterläßt, zwischen ihnen diejenigen Beziehungen herzustellen, die notwendig sind, wenn die abstrakte Möglichkeit zur konkreten Wirklichkeit werden soll“. Er stellt also fest, wenn das Substrat in abstracto existiere und es fehle nur gerade dem Arbeitgeber die Möglichkeit oder der Wille, die erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen, so bleibe diese Mitwirkungshandlung und also auch die Schuldnerleistung an sich trotzdem möglich. Setzen wir z. B. den Fall, der Schlüssel zur Fabrik sei verloren gegangen und die Leistung also an sich, da das Substrat objektiv vorhanden ist, möglich, und der Arbeitgeber könnte nun nur nicht die Beziehungen herstellen, die zur Konkretisierung nötig sind, er könnte den Schlüssel zur Fabrik nicht beschaffen, so bliebe die Schuldnerleistung an sich trotzdem möglich. In dem Falle aber, wo die Räume der Fabrik ausgebrannt sind, wo also das Substrat auch in abstracto nicht existiert, wäre also Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen, d. h. das Vorliegen des Annahmeverzuges wäre ausgeschlossen. Diese unbillige Unterscheidung zwischen Wirklichkeit und abstrakter Möglichkeit ist aus dem Gesetz positiv nicht zu entnehmen. Es erscheint auch ungerechtfertigt, daß die Arbeitnehmer in Fällen, in denen die Bewirkung der Leistung (das sei zugegeben: die Bewirkung = Erfüllung wird unmöglich) aus einem Grunde unmöglich wird, der zwar nicht in der Person, so doch auf der Seite des Gläubigers, in dem von ihm zu stellenden Substrat liegt, ihren Lohnanspruch verlieren sollen, wenn auch der

---

[5]) Ebenso Lotmar Bd. II, S. 283; Trautmann, Gruch. Nr. 59, S. 436; Planck zu § 295, 6; Enneccerus I, 2, S. 156.

Wortlaut des § 297 scheinbar in diesem Sinne spricht, da die Arbeitnehmer wirklich zur Bewirkung der Leistung „außerstande“ sind.[6])

Kohler hat diesen Zwiespalt erkannt[7]) und hat auf die Unbilligkeit hingewiesen, die darin liegt, daß man dem Wortlaut des § 297 (so gelesen, wie man ihn bis Trautmann 1915 las) folgt. Er führt aus:[8]) „Wenn Umstände im Bereich des Annahmewirkens des Gläubigers entstehen und sich in den Bereich des schuldnerischen Leistungswirkens hinüber erstrecken, so kann er seinen Annahmverzug nicht mit der Begründung ablehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht in der Erfüllungsmöglichkeit war.“ Man kann durchaus mit Kohler der Sache nach einer Meinung sein, daß solche Umstände eigentlich „zuerst den Gläubiger und erst per consequens den Schuldner“ treffen müßten, aber Kohler läßt die Begründung fehlen, ebenso wie er beim Gläubigerverzug, einfach ausgehend vom Wortlaut des § 293, feststellt: Zum Annahmeverzug sei Verschulden nicht nötig, also komme die Fabrik in Verzug, auch wenn die Leistung der Arbeiter unmöglich sei. Freilich seien „diese Gründe, die den Annahmeverzug veranlaßten, zugleich auch solche, die die Leistung unmöglich machten“.[9]) Kohler läßt also Annahmeverzug und Unmöglichkeit nebeneinander bestehen, eine Ansicht, der wir uns aus den oben genannten Gründen nach der Titzeschen Formulierung nicht anschließen können. Die Ansicht Kohlers weist erst den Weg, sie ist aber, abgesehen von den Billigkeitsmomenten, juristisch Titze nicht entgegenzusetzen.

Es ist also festzustellen: Bei Betriebsstockungen kann nach der Titzeschen herrschenden Lehre wegen Unmöglichkeit der Leistung der Arbeitnehmer nach § 323 ein Lohnanspruch nicht in Frage kommen, da die eine Voraussetzung des Annahmeverzuges, das Angebot einer möglichen Leistung, nicht gegeben ist.

Man hat nun versucht, die Härte der Titzeschen Formulierung zu umgehen, und zwar auf zwei Wegen, die aber beide nicht als gangbar bezeichnet werden können. Erstens hat Sigel in seinem „Gewerblichen Arbeitsvertrag“ 1905 die Lehre aufgestellt, bei Arbeitshinderungen, die durch Fehlen des Substrats herbeigeführt würden, sei wohl die Leistung der Arbeitnehmer unmöglich (er stimmt also darin mit Titze überein), aber der Grund der Unmöglichkeit liege im Bereich des Annahmewirkens, im Gefahrenkreis des Gläubigers, da er ja das Substrat zu stellen habe. Daher sei ebenso wie bei Verschulden ein Vertretenmüssen des Gläubigers gegeben. Die Leistung sei den Arbeitnehmern aus einem Grunde unmöglich geworden, den der

---

[6]) Für diese Auslegung des § 297 aber Lotmar Bd. II, S. 284.
[7]) Arch. f. bürg. R. Bd. 13, S. 149 ff.
[8]) a. a. O., S. 200 f.
[9]) a. a. O., S. 254.

andere Teil, der Arbeitgeber, zu vertreten habe: es sei demnach nicht § 323, sondern § 324 direkt anzuwenden, nach dem der Arbeitnehmer den Anspruch auf die Gegenleistung behalte. Sigel will also den Begriff des „Vertretenmüssens“ erweitern und auch auf solche Umstände (abgesehen vom Verschulden) ausdehnen, die ihren Grund in der Person oder dem Gefahrenkreis des Gläubigers haben. Dadurch würde also der Gegenanspruch der Arbeitnehmer von vornherein unangetastet bleiben, ohne daß es auf einen vorherigen Annahmeverzug, insbesondere ein Angebot überhaupt ankäme. Die Bequemlichkeit und Klarheit des Weges liegt auf der Hand.

Sigel ist der Ansicht, das BGB. habe in § 276 wohl das Verschuldensprinzip für den Schuldner aufgestellt; für den Gläubiger aber gebe es eine derartige Allgemeinregelung nicht: die vom Gläubiger „zu vertretenden“ Umstände seien erst von der Wissenschaft festzulegen mit Rücksicht auf Treu und Glauben und allgemeine Billigkeitsgrundsätze. Zur Vergleichung zieht er die Annahmeverzugsvorschriften heran, wo auch ohne Verschulden ein Einstehenmüssen des Gläubigers für seinen Gefahrenkreis gegeben sei, und weist darauf hin, daß die §§ 324 und 615 in ihrem Wortlaut beinahe übereinstimmen. „Ein annehmbarer Grund, der die verschiedene Behandlung der beiden Fälle — unverschuldeter Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung infolge eines in der Person des Arbeitgebers eingetretenen, von ihm nicht verschuldeten Grundes — rechtfertigen könne, werde sich nicht finden lassen“.[10]) Daher könne nach Treu und Glauben der Begriff „Vertretenmüssen“ auch auf Umstände ausgedehnt werden, die vom Gläubiger nicht direkt verschuldet seien.

Obwohl man zugeben muß, daß die Beurteilungsmomente beim Gläubiger anders liegen als beim Schuldner, indem es sich beim Gläubiger um keinerlei Ersatzpflicht handelt, sondern um die Frage, „ob er nicht für unverschuldete, in seinem Einwirkungsbereiche entstandene Ereignisse im Sinne einer entschädigungslosen Abschwächung oder Beseitigung seiner Rechte einzustehen habe“,[11]) so läßt sich doch nicht leugnen, daß der vorgeschlagene Weg sich mit dem geltenden Recht nicht ganz vereinbaren läßt. Er steht im Widerspruch mit dem großen Prinzip des BGB., dem Verschuldensprinzip, das nur durch bestimmte, besonders genannte Ausnahmefälle wie den Annahmeverzug durchbrochen ist. Eine Erweiterung des Sinnes des Wortes „Vertretenmüssen“ über den Verschuldensbegriff hinaus ist nicht angängig. Man sieht die Gleichheit des Ausdrucks „zu vertreten“mit Verschulden im allgemeinen (also abgesehen von einer abweichenden Parteivereinbarung) nicht als zweifelhaft an.

---

[10]) Sigel a. a. O., S. 55.
[11]) Oertmann, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 116, S. 32.

Außerdem, wenn Sigel meint, im Gesetz sei über Verschulden des Gläubigers nichts gesagt, während § 276 die Pflichten des Schuldners bestimme, so trifft das nur bedingt zu, indem nämlich kein ausdrücklicher *Allgemeinsatz* der Art in das BGB. aufgenommen worden ist. In Einzelsätzen zeigt sich aber klar, daß auch der Gläubiger in der Regel nur für Verschulden einzustehen hat.[12] Man denke an § 254 oder § 351, der den Verschuldensbegriff wie selbstverständlich auf das Tun des Berechtigten wie seines Gehilfen anwendet. Ferner gebraucht § 338 die Worte „vertretbar" und „verschuldet" als gleichwertig gegenüber dem Geber einer Draufgabe, dessen Rückforderungsansprüche dort geregelt werden, der also als Gläubiger anzusehen ist. Auf § 529, der ein durch *vorsätzliches* oder grob *fahrlässiges* Verhalten des Schenkers diesem bei einer dadurch verursachten Bedürftigkeit den Rückforderungsanspruch versagt, sei noch hingewiesen. Es ist also festzustellen, daß es zwar einen allgemeinen Satz nicht gibt, daß sich aber das allgemeine Prinzip des BGB. in Einzelsätzen äußert und daß zu einer Verantwortlichmachung, abgesehen von der ausdrücklichen Ausnahmeregelung des Annahmeverzuges, Verschulden erforderlich ist. Sigels Konstruktion ist trotz ihrer scheinbaren Einfachheit aus dem positiven Recht nicht herauszulesen, daher undurchführbar.

Auf einem zweiten Wege hat man den Streitpunkt: Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung zu vermeiden gesucht, indem man einfach aus allgemeinen Erwägungen heraus § 616 BGB. zur Durchsetzung des Lohnanspruchs der Arbeitnehmer heranzog und ihn auch auf einen Fall des § 615 entsprechend (analog) anwandte.[13] § 616 läßt den Arbeitern ihren Lohnanspruch auch für eine Zeit, während der sie durch einen in ihrer Person liegenden Grund ohne ihr Verschulden an der Dienstleistung verhindert sind, schränkt den Anspruch aber insofern ein, als er ihn nur für „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" gewähren will (gedacht ist da an kurze Ausstände wie Krankheit, Schöffendienst). Die Problemstellung ist folgende: § 616 gibt dem Arbeitnehmer den Anspruch, auch wenn der Hinderungsgrund in der Person des *Arbeitnehmers* liegt, also im Bereich seines schuldnerischen Wirkens. Muß man ihm den Anspruch nicht noch viel eher für den Fall geben können, wo der Hinderungsgrund nicht in seiner Person, sondern in einem sonstigen Umstand, ja gar in der Person des Gläubigers, jedenfalls im Bereich des Annahmewirkens liegt?

---

[12]) Oertmann, a. a. O., S. 48; Kaskel. NZfA. 1922, S. 5.

[13]) Dernburg Lehrb. d. B. R. II, § 305, III; Endemann, Lehrb. d. B. R., § 174, Anm. 28 b; RGR.-Komm. zu § 616; Buchwald, AR. 1922, S. 363; Urteil-Gew.-G. Danzig 15. 11. 19. GKG. Bd. 25, S. 75; bedingt Oertmann, Komm. zu § 615 d (später nur zur Stützung seiner anderen unten darzulegenden Ansicht).

Oder anders ausgedrückt: Man wird bei einem gegenseitigen Vertrage gemäß den zwei Kontrahenten zwei Gefahrenkreise, zwei Sphären unterscheiden können, die des Gläubigers und die des Schuldners, wobei Gläubiger und Schuldner jeder für die seine einzutreten hat. § 616 bildet nun insofern eine Ausnahme, als der Gläubiger für kurze Zeit sogar auch für ein eigentlich der Schuldnersphäre angehörendes Ereignis aufzukommen hat. Um wieviel eher muß darauf geschlossen werden können, daß er für seine Gläubigersphäre einstehen müsse!

Diese Ansicht nimmt — das sei festgestellt — wie selbstverständlich stillschweigend von vornherein ebenso wie Titze Unmöglichkeit der Leistung des Arbeitnehmers an und will trotzdem aus den soeben angeführten Gründen aus der entsprechenden Anwendung des § 616 heraus den Lohnanspruch geben. Der § 616 stellt einen Ausnahmefall der Unmöglichkeit der Leistung dar; er gehört nicht zum Annahmeverzug. Das BGB. kennt, darauf hat Harmsen hingewiesen [14]), wenn die Bewirkung der Leistung nicht möglich ist, nur zwei Möglichkeiten, entweder Annahmeverzug oder Unmöglichkeit. Die Fälle des Annahmeverzuges sind nun bereits in § 615 geregelt; wenn § 616 also nicht zur Unmöglichkeit der Leistung gehörte, wäre er überflüssig. „Man wird also § 616 nur dann analog anwenden können, wenn bereits feststeht, daß an sich die Leistung unmöglich ist". Und das ist, wie unten noch zu zeigen sein wird, durchaus in den hier vorliegenden Fällen nicht gegeben.

Außerdem wird von Planck [15]) gegen die entsprechende Anwendung geltend gemacht, daß in § 616 solche Fälle ausschließlich geregelt seien, daß er also nicht erweitert werden dürfe.

Bei den Beratungen der Kommission für den zweiten Entwurf eines BGB. wurde von einem Mitglied beantragt, die entsprechende Anwendung des § 616 auch für eigentlich der Regelung des § 615 unterliegende Fälle zufälliger Arbeitshinderung, also für solche, deren Grund nicht beim Arbeitnehmer liegt, zuzulassen. Die Kommission sprach sich dagegen aus: [16]) „Man lehnte es ab, diese Fälle in den Paragraphen einzubeziehen, hielt es vielmehr für angemessen, daß in solchen Fällen der Arbeitnehmer seinen Anspruch verliere." Wenn man auch über die Angemessenheit dieser beabsichtigten Regelung streiten kann, so vermag wenigstens für die Begründung dieses Weges der entsprechenden Anwendung von § 616 der bei der Fassung des Paragraphen maßgebende Grund doch auch im Sinne der Ausschließlichkeit (s. Planck) zu sprechen. Eine durchschlagendere

[14]) Harmsen, Lohnzahlung b. Betr.-Stockungen, S. 37.
[15]) Komm. zu § 615, 5; ebenso Lindig, Heizerstreik, GKG., Bd. 26, S. 173.
[16]) Prot. II, S. 281.

Begründung geben aber Planck und auch Oertmann,[17]) indem sie auf den Sinn und den Zweck der Vorschrift hinweisen, die immer für kurze, zeitige und nicht für so unvorhersehbare, den Arbeitgeber schwer belastende Ausstände, solche „Massenerscheinungen" (Oertmann) geschaffen sei. Daher erscheint es doch sehr zweifelhaft, ob man den § 616 auf die Fälle unseres Themas schlechthin entsprechend anwenden kann.

Das in dem Dernburgschen Versuch liegende argumentum a fortiori, dem es doch auf die Zumutbarkeit ankommt, läßt sich wohl verwenden, wenn es sich nur um wenige Arbeitnehmer handelt. § 616 ist auf den Einzelfall zugeschnitten; da kann man aus dem Bestreben heraus, den Einzelarbeitnehmer zu schützen, dem Arbeitgeber das Opfer schon zumuten. Anders ist es dagegen bei großen Ausständen, wie sie Betriebsstockungen mit sich bringen. Da fehlt die als stillschweigend gedachte Voraussetzung einer nur kleinen, an der Arbeit verhinderten, den Arbeitgeber belastenden Zahl von Arbeitnehmern.

Daß die Argumente, die soeben für das Einstehen des Gläubigers auch für seine „Sphäre", seinen Gefahrenkreis angeführt wurden, wohl Beachtung erfahren müssen, wird man zugeben können. Nur wird es ein Versuch bleiben, wenn man allein mit § 616 zum erstrebten Ziel kommen will, es sei denn, daß andere gewichtige Gründe die Auffassung von der Notwendigkeit des Einstehens des Gläubigers für seinen Gefahrenkreis fest zu begründen vermögen. Zur Stützung einer Ansicht mit Billigkeits- und Vernunfterwägungen läßt sich § 616 heranziehen; das wird bei unserer Entscheidung unten auch geschehen; eine Lösung der Frage aber, wenigstens mit stichhaltig-überzeugender Begründung, allein mit der entsprechenden Anwendung von § 616 wird sich nicht finden lassen.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus geht Endemann [18]) an die Frage heran und löst sie scheinbar einfach und einleuchtend. Er meint, die Vergütung seitens des Arbeitgebers werde versprochen für die Bereithaltung der Arbeitskraft innerhalb einer bestimmten Zeit. Damit stellt er sich auf den Standpunkt, daß die Arbeitnehmer auf Grund des Dienstvertrages überhaupt nur zu Arbeitsbereitschaft verpflichtet seien, daß sie also den Vertrag schon erfüllt hätten durch ihr arbeitswilliges und -fähiges Erscheinen auf der Arbeitsstätte. Dann brauchte also auf Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung gar nicht eingegangen zu werden, da die Arbeitnehmer ja die nach dem Vertrage verlangte Leistung durch ihr bloßes Erscheinen bewirkt und mit ihrer Arbeitsbereitschaft alles, was von ihrer Seite not-

[17]) Dtsch. Arbeitsvertragsrecht, S. 166; ebenso LG. Gießen, Urteil vom 4. 11. 20 K. A. Stromsperre.

[18]) Lehrb. d. bürgerl. Rechts II, S. 1091.

wendig war, zur Erfüllung getan hätten. Als Begründung führt Endemann an, daß der Erfolg für den Begriff des Dienstvertrages nicht wesentlich sei.

Diese Ansicht können wir nicht anerkennen. Die Arbeitnehmer sind vertraglich zur Leistung der Dienste, zur Bewirkung der Leistung, nach § 611 verpflichtet. Zur Vertragserfüllung wird Aktivität erfordert, nicht passives Bereitstehen, sondern Leistung in dem Sinne, daß wirkliches Tätigsein erforderlich ist. Denn wozu sollte sonst § 614 von einer Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers sprechen? Die Vergütung ist im allgemeinen nach der wirklichen Leistung der Dienste, nach der Erfüllung des Vertrages zu entrichten. Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes wie aus seiner Entstehungsgeschichte.[19]) Nur in dem Ausnahmefall des Annahmeverzuges wird trotz Nichterfüllung, trotz Nichtbewirkens der Leistung, der Lohn ohne vorhergehende Leistung gezahlt. Nicht etwa ist anzunehmen, daß nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 611 und 614 dann, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft bereit hält, bereits von einer Leistung im Sinne von § 611, d. h. der Bewirkung der Leistung, also der Vertragserfüllung gesprochen werden kann. Nicht kann geschlossen werden, daß auf Grund des § 611, der allgemeinen Dienstvertragsvorschriften, bei bloßer Bereithaltung der Arbeitskraft der Arbeitgeber die Vergütung zu zahlen habe. Geleistet im Sinne von § 611 = den Vertrag erfüllt haben die Arbeitnehmer nicht. Wie weit der Arbeitnehmer die Gefahr für die Möglichkeit seiner Leistung zu tragen hat, wann im Sinne von § 323 die Leistung als möglich anzusehen ist (der Begriff Leistung in § 611 und § 323 ist nach unserer Auffassung grundverschieden), das ist eine andere Frage, die als Hauptproblem unten noch zu erörtern sein wird. Hier sei vorerst die Unhaltbarkeit der Endemannschen Ansicht festgestellt.

Gegenüber diesen Versuchen, grundsätzlich die Fragen zu erfassen, fragt eine Reihe von Schriftstellern[20]) zur Lösung des Problems nach dem „Inhalt des Vertrages“. Sie unterscheiden sich dadurch, daß der eine (Sigel) für die Feststellung des Vertragsinhalts den Willen der Parteien, die anderen (Planck, Enneccerus) die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsvertrags für das Wesentliche halten. Sie wollen für den Einzelfall untersuchen, was die Arbeitnehmer zu tun versprochen hätten, ob Arbeitskraft „im allgemeinen oder individualisiert auf bestimmte Maschinen“, und halten dann je nach dem Ergebnis dieser Fragestellung die Leistung der Arbeitnehmer für möglich oder unmöglich und dementsprechend § 615 oder § 323

---

[19]) Mot. II zu § 561 (später § 615) S. 462 f.

[20]) Planck zu § 616, 5; Enneccerus II, § 367, Anm. 10; Sigel, Gewerbl. A. V., S. 52.

für anwendbar. Einig sind sie sich aber auch nicht, indem der eine „im Zweifel“ individualisierte Arbeitskraft als vereinbart annimmt, der andere für die Vereinbarung einer bloßen Arbeitsbereitschaft eine Vermutung begründet (Enneccerus), und sie kommen so zu entgegengesetzten Ergebnissen.

Diese von den drei genannten Schriftstellern vorgeschlagene, schwankende, nur auf den Einzelfall zugeschnittene Regelung der Fälle bietet keine festen Richtlinien. Sie ermöglicht meist gerade in den strittigen Grenzfällen keine klare Entscheidung und vermag als wirklich befriedigend daher nicht bezeichnet zu werden. Es muß ein genauer, für alle Fälle klar Auskunft gebender Satz vorhanden sein, wenn auch Sigel meint, dadurch werde eins der Hauptprinzipien des bürgerlichen Rechts, die Vertragsfreiheit, hinfällig gemacht. Ob man eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Privatvereinbarung zulassen soll, ist eine andere Frage. So sind wir mit Sigel durchaus der Meinung, daß bei ausdrücklicher Regelung — z. B. in Tarifverträgen „Lohn wird für geleistete Arbeit gezahlt“ — eine gesetzliche Festlegung sich erübrigt, müssen aber demgegenüber feststellen, daß in den weitaus meisten Fällen eine Regelung hinsichtlich der Lohnzahlung bei Arbeitshinderungen nicht ausdrücklich getroffen ist, so daß man hier doch auf eine feste gesetzliche und begriffliche Grundlage angewiesen bleibt.

Und abgesehen von diesen Erwägungen gehen die drei Schriftsteller auch von einem Gesichtspunkt aus, den wir nicht billigen können. Sie sagen: war ausgemacht „Leistung an bestimmten Maschinen“, dann ist die Leistung im Sinne von § 323 bei Untergang der Maschinen unmöglich. Wir erkennen also auch hier den Titzeschen Standpunkt, daß bei Fehlen des Substrats die Leistung unmöglich sei. Sie meinen aber: dann kann die Leistung nicht bewirkt werden, und fassen das Wort „Leistung“ in § 323 als Bewirkung der Leistung, als Erfüllung auf. Sie fragen also: wann haben die Arbeitnehmer erfüllt? wann liegt Vertragserfüllung vor? Und diese Fragestellung kann uns nicht als richtig erscheinen. Was die Arbeitnehmer „versprechen“, d. h. wozu sie sich verpflichteten, also wann ihrerseits Erfüllung der Vertragsleistungen, so wie sie zu bewirken sind, gegeben ist, diese Frage ist in diesem Zusammenhang nicht maßgebend. Daß Nichterfüllung vorliegt, bestreiten wir nicht, wohl aber, daß Unmöglichkeit der Leistung nach § 323 gegeben ist.

Dies hat als erster Trautmann [21]) 1915 erkannt und ist als erster der Titzeschen Ansicht, mit der in dieser Hinsicht die drei genannten Schriftsteller vollkommen übereinstimmen, mit Erfolg entgegengetreten. Wir hatten oben gesehen, daß Titze die subjektive und ob-

[21]) Gruchot, Bd. 59, S. 438 ff.

jektive Voraussetzung für die Erfüllung als gleichwertig angesehen und bei Fehlen einer von ihnen, auch der objektiven, Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung im Sinne von § 323 und damit Nichtvorliegen des Annahmeverzuges angenommen hatte. Trautmann gibt auch durchaus zu, daß bei Wegfall und Untauglichwerden des Substrats auch bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen die Erfüllung unmöglich sei. Er setzt aber hinzu: nur die Erfüllung, nicht die schuldnerische Leistung im § 323 in jedem Fall, und gibt dadurch den durch Kohler geäußerten und oben dargelegten Bedenken über die Umstände im Bereich des Annahmewirkens die juristische Grundlage.

Die früheren Ansichten sahen als Leistung im Sinne von § 323 — man sieht, daß es auf die Bedeutung des Wortes wesentlich, ja in der Hauptsache ankommt — die Gesamtheit der Leistungshandlungen an, alles, was zur wirklichen Erfüllung des Schuldverhältnisses seitens des Schuldners getan werden mußte, das, wozu er sich vertraglich verpflichtet hatte, also die Erfüllung des Vertrages. Trautmann versteht hingegen unter Leistung im Sinne von § 323 nur den dem Schuldner obliegenden Anteil an der Leistungshandlung und läßt die Mitwirkungshandlung ganz außer Betracht. Der Titzeschen Formulierung stellt Trautmann den u. E. durchschlagenden Satz entgegen: „Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung liegt nur dann vor, wenn die nach dem Vertrage dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich ist, daß auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung unmöglich sein würde.“[22])

Es ist also zu unterscheiden zwischen der Möglichkeit der Erfüllung der Gläubigerpflichten und der Möglichkeit der Erfüllung der Schuldnerpflichten: beide zusammen geben erst die Möglichkeit der Bewirkung der Leistung, der Erfüllung. Leistung in § 323 und Erfüllung = Bewirkung der Leistung in § 362 sind grundsätzlich verschieden. Die alte Auffassung warf diese beiden Begriffe bei der Betrachtung des § 323 zusammen, und so entstand das falsche Bild, daß des Schuldners Leistung nach § 323 für unmöglich erklärt wurde bei einer Arbeitshinderung, deren Grund beim Gläubiger lag. Leistung in § 323 kann nicht die Gesamtheit der Leistungshandlungen sein, sondern nur der dem Schuldner obliegende Leistungsanteil.[23]) Man muß mit Oertmann fragen: würde der Schuldner, jene Mitwirkungshandlung als möglich unterstellt, zur Leistung fähig sein oder nicht? Der Leistungsanteil kann durchaus möglich sein, während die tatsächliche Bewirkung der Leistung, da sie von einer vorhergehenden Mitwirkungshandlung des Gläubigers abhängt, gerade darum im

[22]) Trautmann a. a. O., S. 450.

[23]) Ebenso Oertmann, Arch. f. ziv. Pr., Bd. 116, S. 23; ders. in GKG. Bd. 23, S. 317.

gegebenen Falle unmöglich ist. Nimmt nun der Arbeitgeber die notwendige Mitwirkungshandlung nicht vor, so ist es nicht die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung, welche die Erfüllung hindert, sondern das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung, das trotz Möglichkeit des Leistungsanteils des Schuldners eine Unmöglichkeit der Erfüllung herbeigeführt. Nichterfüllung liegt also (entgegen Endemann) vor. Der Zeitpunkt des Erscheinens der Arbeitnehmer auf der Arbeitsstätte ist maßgebend nicht für die Erfüllung, für die allgemeinen Vorschriften des Dienstvertrages (§ 611), sondern bei den besonderen des Annahmeverzuges (§ 615) für die Feststellung der einen Annahmeverzugsvoraussetzung, also für die Abgrenzung der Möglichkeit und Unmöglichkeit des Leistungsanteils des Schuldners im Sinne von § 323. Das also ist festzuhalten: geleistet im Sinne von § 611 = die Leistung bewirkt, den Vertrag erfüllt haben die Arbeitnehmer nicht. Ihre Leistung im Sinne von § 323 aber ist als möglich anzusehen.

Gegen diese Auslegung des Wortes Leistung in § 323 wendet sich Schmincke.[24]) Er sagt: § 323 spricht nur von Unmöglichkeit schlechthin ohne nähere Umgrenzung. Unmöglich wird eine Leistung, wenn ihre Voraussetzungen in Fortfall kommen; zu diesen gehören die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers. Warum soll aber eine Unmöglichkeit nur darum nicht eintreten, weil die Gründe vielleicht in der Sphäre des Gläubigers liegen? Es könnten aus der strikten Anwendung von § 323 Härten entstehen; es bestehe aber kein Ausweg an der allgemeinen Regel des § 323 vorbeizukommen wegen seines klaren Wortlauts; es sei zunächst eine Lücke des Gesetzes vorhanden. Der Wegfall der Substrate bedeutet für Schmincke begrifflich die Unmöglichkeit der Leistung. Damit steht er auf dem Standpunkt, daß Leistung im Sinne des § 323 die Gesamtheit der Leistungshandlungen bedeute, und setzt so Leistung und Erfüllung, zwei (wie wir oben sahen) verschiedene Begriffe, gleich. „Er folgt zwar so dem allgemeinen Sprachgebrauch des Wortes Unmöglichkeit der Leistung, bedenkt aber nicht, daß das Gesetz bei Verwendung des Begriffes „Unmöglichkeit der Leistung“ von dem üblichen Sprachgebrauch abweicht und dem Begriffe für die Rechtssphäre einen anderen spezifischen Sinn verleiht. Die Unmöglichkeit des BGB. ist nicht bei jedem Nicht-möglich-Sein gegeben, sondern die rechtliche Unmöglichkeit ist eine Sondererscheinung gegenüber der faktischen Unmöglichkeit“[25]). Nach der Ansicht, der wir uns anschließen, muß es heißen: (mit den Schminckeschen Worten gesprochen) Unmöglich wird der Leistungsanteil, wenn seine Voraussetzungen in Fortfall kommen, wenn also der Schuldner seinerseits, abgesehen von der Mitwirkungs-

[24]) Kartei des Arbeitsrechts, Bl. Stromsperre.
[25]) Simson, Teilstreik S. 15.

handlung des Gläubigers, das Erforderliche zur Erfüllung nicht beitragen kann. Die Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist wohl eine Voraussetzung der Bewirkung der Leistung, aber nicht eine solche der Möglichkeit des schuldnerischen Leistungsanteils. Wenn der Verfechter der Gegenansicht trotz der Härten keinen Ausweg wegen des Gesetzeswortlauts weiß, so muß ihm entgegengehalten werden, daß man dem Wortlaut schwerlich eine solche Bedeutung beilegen darf, sondern daß es auf den Gesamtsinn der Vorschriften, auf eine vernunftgemäße Regelung ankommen muß.

Jetzt ist auch Gelegenheit, andere Vorschriften wie z. B. § 616 auf sein Verhältnis zu § 615 hin einmal zu betrachten. So zieht Oertmann (nicht aus dem Gedanken der reinen entsprechenden Anwendung heraus, sondern) zur Stützung der Ansicht Trautmanns § 616 heran, ein Weg, den wir oben schon als gangbar bezeichnet haben.[26]) Bei der Person des Schuldners regelt die Verhältnisse der § 616. Für die anderen Fälle schweigt das Gesetz. Das kann sich nach Oertmann vernünftig nur dadurch erklären, daß man diese Fälle schon durch den vorhergehenden § 615 gedeckt ansehen muß.[27]). Wenn der Gläubiger das Substrat zu stellen hat, muß aller vernünftigen Überlegung nach dessen Versagen auch in seinen Einwirkungs- und Interessenbereich, in seinen „Geschäfts- und Betriebskreis"[28]) fallen.

Man bedenke auch das Ergebnis der alten Titzeschen Anschauung im Verhältnis zu der Regelung anderer Materien im BGB. Man darf nicht[29]) ein Ausnahmerecht gegen den arbeitenden Menschen schaffen, sagt Potthoff,[30]) indem man die Arbeitskraft schlechter behandelt als die Sache. Denn wenn ein Fabrikant aus irgendwelchem Zufall die bestellte Ware nicht verwerten könne, so zweifele niemand daran, daß er die Kaufpreisforderung des Verkäufers nicht damit abwenden kann, daß er sich zu seinen Gunsten auf § 323 bezieht.[31]). Nichts anderes tue aber der Arbeitgeber, wenn er sich der Lohnforderung der Arbeitnehmer gegenüber auf die Nichtmöglichkeit der Verwendung ihrer Leistung bei allgemeinen Arbeitshinderungen berufe. Weiter: „Es hat jemand ein Pferd gemietet; kann er den Mietzins für die Tage zurückbehalten, an denen er das Pferd nicht benutzen konnte? Wenn der Arbeitgeber Rohstoffe kauft, kann er die Annahme verweigern, weil er sie wegen Strommangels nicht ver-

---

[26]) Oertmann, Arch. f. ziv. Pr. 116, S. 25; GKG. Bd. 23, S. 318.

[27]) So auch Boer, Gruchot 54, S. 505.

[28]) Oertmann, NZfA. 1922, S. 463.

[29]) Potthoff und Sinzheimer, deren eigentliche personenrechtliche (im Gegensatz zur schuldrechtlichen) Auffassung unten im § 8 näher behandelt werden wird, vermögen uns hier verschiedene Gesichtspunkte aufzuzeigen, die eine Unterstützung unserer Auffassung bedeuten.

[30]) Potthoff, JW. 1922, S. 551 ff.

[31]) So Sinzheimer, A. R. 1924, S. 475.

wenden kann? Warum soll der, der Waren liefert, besser gestellt sein als der, der Dienste liefert? Wer seine Arbeitskraft vermietet hat, schlechter als der, der sein Pferd vermietet?"[32])

Diese Erwägungen weisen auf das Richtige hin, auf das Durchschlagende und Maßgebende, daß mit gutem rechtspolitischem Grund der Arbeitnehmer nicht für ein dem Bereich des Arbeitgebers angehörendes Ereignis verantwortlich gemacht werden kann. Sie werfen ebenso wie die von Oertmann betreffs des § 616 herangezogenen Gründe ein Schlaglicht auf das Verhältnis der Titzeschen und Trautmannschen Anschauung. Was deren Begründung angeht, so hat Hueck [33]) darauf hingewiesen, daß beide Ansichten sich abstrakt logisch begründen lassen. Den den ganzen Vorschriften zugrundeliegenden Vernunftserwägungen, dem vernünftigen Sinn entspricht jedoch allein die Trautmannsche Formulierung. Man muß ferner daran denken, daß beim Dienstvertrag, wo der Arbeitgeber zur Möglichkeit der schuldnerischen Leistungsbewirkung etwas beitragen muß und die Bewirkung der Leistung durch Nichterfüllen seiner Mitwirkungspflicht unmöglich machen kann, ganz andere Verhältnisse gegeben sind als beim Grundgeschäft, dem Kauf, für den § 323 wohl zugeschnitten ist. Dort kommt eine Mitwirkungshandlung, durch die die Erfüllung vereitelt werden könnte, nicht in Betracht, und da im Falle des § 323 die beiderseitigen Leistungen wegfallen, erspart beim Kaufvertrage auch der Schuldner seinerseits Aufwendungen; beim Arbeitsvertrage nützt ihm das wenig, da er in der Regel seine Arbeitskraft nicht anderweit verwenden kann.[34]) Wir müssen also entgegen Schmincke sowohl aus Vernunftserwägungen heraus wie auf Grund der überzeugenden Beweisführung Trautmann-Oertmann-Hueck-Simson die Anwendbarkeit des § 323 für Fälle, in denen das vom Arbeitgeber zu stellende Substrat nicht vorhanden ist, ablehnen und Möglichkeit der Leistung annehmen.

Eine Nachprüfung des Ergebnisses an Hand der Vorschriften über den Annahmeverzug führt zu demselben Ergebnis. Oben nach der Titzeschen Ansicht, ausgehend von dem scheinbaren Wortsinn des § 297, mußten wir darauf schließen, daß der Schuldner „zur Leistung außerstande" sei, daß also nicht Annahmeverzug in Frage kommen könne. Jedoch geht gerade aus den Worten, „wenn der Schuldner außerstande ist", die Begründung der Trautmannschen Lehre hervor. Durch die Verwendung dieser Worte hat das Gesetz ausdrücklich auf die Fähigkeit des Schuldners hingewiesen. § 297 sagt nicht, daß der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn die Bewirkung der Leistung d. h. die Erfüllung un-

[32]) Potthoff, JW. 1922, S. 553.
[33]) Hueck, Handbuch d. AR., Bd. II, S. 91.
[34]) Hueck, a. a. O., S. 92.

möglich ist, sondern daß der Gläubiger dann nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner seinerseits außerstande ist, die Leistung zu bewirken, d. h. das ihm Obliegende zur Erfüllung nicht beitragen kann.[35]) § 297 fragt nicht, ob der Gläubiger die Mitwirkungshandlung vornehmen kann oder will; er setzt einfach voraus, daß diese möglich ist, und fragt nur nach der Möglichkeit der Schuldnerleistung. Ferner bezeichnet das BGB. unzweideutig in § 295 in Verbindung mit § 297 Schuldnerleistungen als möglich, die eine nichterfolgende Gläubigerleistung zur Voraussetzung haben.[36]) Der Schuldner braucht nur zu der ihm obliegenden Mitwirkung zur Erfüllung bereit zu sein; kann er das, so ist seine Leistung möglich. Danach liegt Annahmeverzug vor, wenn „dem Schuldner die Bewirkung der Leistung unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das Seinige zur Vertragserfüllung beiträgt, möglich ist und er die in diesem Sinne mögliche Leistung dem Gläubiger ordnungsmäßig, aber vergeblich angeboten hat.“[37])

Man hat der Trautmannschen Lehre vorwerfen wollen,[38]) sie baue auf einer „blanken Fiktion“ auf. Es sei zugegeben, daß eine Unterstellung eines tatsächlichen nicht Geschehenen darin liegt, wenn man die Leistung als möglich ansieht „unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das Seinige zur Erfüllung beiträgt“. Ein anderer Weg ist aber, wenn man zu einem vernünftigen Ergebnis gelangen will, nicht möglich.

Die Trautmannsche Ansicht hat sich allmählich durchzusetzen, wenigstens sich eine weitgehende Beachtung zu schaffen vermocht, je mehr man — so sagt Oertmann —[39]) „in freier geistiger Arbeit des unleugbar bedenklichen gesetzgeberischen Buchstabens des § 323 Herr geworden ist.“ Auch Titze[40]) hat seine Meinung grundlegend geändert und steht jetzt durchaus auf dem Trautmannschen Standpunkte. Er hält es sogar für „eine sich immer mehr verbreitende und sich nachgerade zur herrschenden Meinung durchsetzende Erkenntnis“, daß keine Unmöglichkeit, sondern Annahmeverzug vorliege, „indem hier das Nichterfüllenkönnen des Dienstschuldners seine Gründe im Versagen der vom Gläubiger zu beschaffenden Leistungsvoraussetzungen habe.“

Annahmeverzug und Unmöglichkeit unterstehen einem Oberbegriff des Erfüllungshindernisses und unterscheiden sich nach der neuen Lehre Titzes dadurch, daß in dem einen Falle das zur Erfüllung Fehlende vom Gläubiger zu beschaffen war, im anderen

---

35) Trautmann a. a. O., S. 456; bestritten von Westphal JW 1921, S, 323.
36) Oertmann, Arch. f. ziv. Pr., Bd. 116, S. 31.
37) Trautmann a. a. O., S. 450.
38) Hedemann, Lohnzahlung S. 236, Anm. 61.
39) Oertmann, GKG., Bd. 23, S. 318.
40) Recht d. kaufm. Personals, S. 744, Anm. 5; JW. 1922, S. 548.

Falle nicht. Dieser gemeinschaftliche Oberbegriff der beiden Erfüllungshindernisse ist neu erkannt worden, war aber in seiner Reichweite auch früher schon vorhanden. Nur innerhalb der Reichweite dieses Begriffes hat sich durch die neue Ansicht (von Trautmann, Oertmann, Titze 1922) das Gebiet der beiden Unterbegriffe verschoben. Während früher Unmöglichkeit der Leistung vorherrschte und zum größten Teil daher den Annahmeverzug ausschloß, ist dem Annahmeverzug durch Trautmann ein großes Gebiet gewonnen worden.

Und wie nun zu dem Oberbegriff „Erfüllungshindernis" sich Annahmverzug und Unmöglichkeit vereinen, so entspricht diesem Oberbegriff ein anderer, die „Erfüllung des Vertrages bei Tätigkeitsleistungen", die sich ihrerseits wieder zusammensetzt aus dem Leistungsanteil und der Mitwirkungshandlung. So entspricht bei der Abgrenzung der Gefahrtragung in der Grenzziehung dem Leistungsanteil das Gebiet der Unmöglichkeit, der Mitwirkungshandlung das des Annahmeverzuges, und wir erkennen die Gefahrenkreise, für die jeder der Beteiligten einzustehen hat, der Gläubiger für den der Mitwirkungshandlung, der Schuldner für den des Leistungsanteils. Denn darauf kommt es u. E. an. Nicht etwa ist festzustellen, was der Arbeitnehmer schuldet, was der Inhalt seiner Leistung ist (Harmsen), wozu er verpflichtet ist. Darüber dürfte kaum gestritten werden können. Er schuldet mehr als Arbeitsbereitschaft; der Inhalt seines Versprechens geht weiter, er verspricht Erfüllung; aber — er trägt nur die Gefahr bis zu einem gewissen Punkt, und zwar soweit, wie sein Leistungsanteil reicht. Der Inhalt dessen, wozu die Arbeitnehmer verpflichtet sind, ist nicht das, was zum Streiten Anlaß bieten dürfte. Sie schulden konkrete Dienstleistungen im Sinne von § 611,[41]) aber ihr Leistungsanteil, das, was sie bei Tätigkeitsleistungen, die so von der Gläubigermitwirkung abhängen, beitragen können, reicht nur bis zum wirklichen Angebot der Leistung. Die Arbeitnehmer schulden Arbeitsleistung, tragen die Gefahr aber nur, soweit ihr Leistungsanteil reicht. Das ist das Neue gegenüber der alten Titzeschen Auffassung, nach der die Arbeitnehmer für die Möglichkeit der Gesamtheit der Leistungshandlungen einstehen, also unbilligerweise die Gefahr direkt bis zur Erfüllung tragen mußten.

Zu klären ist nun die Frage nach der Reichweite des Leistungsanteils, nach der Grenze des Gefahrenkreises des Arbeitnehmers oder, modern gesprochen, nach dem Betriebsrisiko, die Frage, wie sich die theoretische Scheidung der zwei Erfüllungskomponenten, Leistungsanteil und Mitwirkungshandlung, praktisch auswirkt. Es bleibt festzustellen, inwieweit der Arbeitnehmer nun wirklich die Gefahr trägt,

[41]) Sie sind verpflichtet „zur Tätigkeit zu bestimmter Zeit, an best. Ort, auch in best. Form" (so richtig Groh, Koalitionsrecht, S. 168).

wo praktisch die beiden Unterbegriffe sich scheiden. Und zwar gewinnt man da mit der Behauptung der „Flüssigkeit der Grenze, die immer nach Treu und Glauben gezogen werden müsse“,[42]) nicht viel. Es muß eine klare Scheidung und Grenzziehung für alle Fälle möglich sein. Und da müssen wir sagen, daß die Arbeitnehmer die Gefahr für die Verwendung ihrer Arbeitskraft insoweit tragen, als sie arbeitsfähig und arbeitswillig auf der Arbeitsstätte erscheinen. Das geht aus dem oben Dargelegten hervor. Die Arbeiter sind nicht für den „Geschäfts- und Betriebskreis des Gläubigers“ verantwortlich zu machen, und dieser schließt alles in sich, was der Gläubiger von sich aus zur Mitwirkung zu tun hat. So hat er jeden Zufall zu tragen, der mit seinem Betriebe zusammenhängt. Er muß dem Arbeitnehmer die Räume so weit stellen, daß dieser darin die Arbeit verrichten kann. Das gilt sowohl beim einfachen Betriebszufall wie bei der durch höhere Gewalt verursachten Arbeitshinderung, die im Bereich der Mitwirkungshandlung liegt, sowohl bei Maschinenschaden wie im Falle des Blitzschlags oder Strommangels.

Die Frage des allgemeinen Betriebsrisikos, wo ganze Wirtschaftsgebiete gemeinsam betroffen werden (Arbeitshinderung durch eine Kälteperiode oder die Ruhrbesetzung), vermag auszuscheiden, da die Frage unseres engeren Themas: Teilstreik auch nur in einem Einzelbetrieb in Erscheinung tritt. Es sei nur darauf hingewiesen, daß man in diesen Fällen sich bemüht hat, die Gefahrtragung auch auf den schuldnerischen Leistungsanteil auszudehnen.[43])

Für die den Einzelbetrieb treffenden Fälle der Arbeitshinderung wird man, ob man ausgeht von der dem Arbeitgeber zuzumutenden Mitwirkung oder dem „Maß der Kraftanstrengung“,[44]) das vom Arbeitnehmer zur Überwindung der Erfüllungshindernisse erwartet werden kann, nach heutiger Anschauung sagen müssen, daß der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch trotz der Nichterfüllung, trotz der Arbeitshinderung behält, soweit er arbeitswillig und -fähig erscheint. Zufällige Unmöglichkeit seines Leistungsanteils nimmt ihm freilich den Anspruch.[45]) Das ergibt sich als Selbstverständlichkeit aus dem Gesagten. Jenseits dieser Grenze allerdings fängt das Gebiet des Annahmeverzuges an, und zwar ganz abgesehen vom Verschulden.

---

[42]) Titze JW. 1922, S. 549.

[43]) Titze a. a. O. s. Anm. 42, S. 548; Oertmann Dtsch. Arbeitsvertragsrecht, S. 170.

[44]) Groh, s. Anm. 41, S. 167.

[45]) In diesem Sinne: Titze R. d. K. P., S. 751; Buchwald A. R., 1922, S. 259: zufällige Unmöglichkeit durch Eisenbahnerstreik; Urteile: RGE. 92, S. 177; Kammergericht 11. 10. 22, GKG. 28, S. 75; LG. I Berlin 19. 2. 18. DJZ. 1918, S. 328; Gew. G. Tegel 2. 5. 19. GKG. Bd. 24, S. 302 (Truppenabsperrung, durch die der A. N. nicht zur Arbeitsstätte gelangen kann).

Wir gewinnen also das Ergebnis, daß grundsätzlich — abgesehen von abweichenden vertraglichen Abmachungen — der Arbeitgeber die Gefahr für eine im Betrieb begründete zufällige Arbeitshinderung, das sog. Betriebsrisiko trägt, da der Leistungsanteil des Arbeitnehmers nur reicht bis zum Verfügunghalten der Arbeitskraft und seine Leistung möglich ist unter der Voraussetzung der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers. Oder vom Boden des Annahmeverzuges aus gesehen: der Arbeitgeber kommt im Augenblick des arbeitsfähigen Erscheinens der Arbeitnehmer, da beide Voraussetzungen, sowohl das Angebot einer möglichen Leistung wie die Mitwirkungsunterlassung gegeben sind, in Annahmeverzug gemäß § 615.

§ 3
Rechtsvergleichender Ausblick.

Nachdem nun die Fragestellung klar hervorgehoben worden ist, ob und wie weit der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen habe, ist auch Gelegenheit, die abstrakte Fassung der Frage: Einstehen des Gläubigers für Zufall — abgesehen von ihrem konkreten Niederschlag in Paragraphen des BGB. — einmal zu beleuchten vom Standpunkt früherer und der jetzigen ausländischen Rechte. Es wird sich als wertvoll erweisen, die anderen Rechte auf etwa unseren Anschauungen gleiche Gedankengänge hin zu betrachten.

Hinsichtlich des römischen Rechts hat Hedemann in feiner und einleuchtender Weise Vergleiche angestellt[46]) und auf das alte System der Glossatoren hingewiesen, die schon versucht hätten, ein vollständiges System der Haftungs- und Lohnzahlungsverhältnisse bei Arbeitshinderungen zu gewinnen, vor allem auf das des Azo, der für Sachmiete und Dienstmiete ganz im Sinne der von uns oben genannten „Sphären" schon damals solche Haftungskreise der Vertragsparteien festgestellt habe. Den Haftungskreis des Gläubigers begründet eine Stelle aus dem Ediktskommentar Ulpians l. 19 § 9 Dig. 19, 2, und zwar ebendort, wo die Sachmiete, gleich der Dienstmiete ein Unterfall der locatio conductio, behandelt wird. Da hat jemand einen Schreiber auf ein Jahr angestellt, und als er vor Ablauf des Jahres stirbt, weigern sich seine Erben, dem Schreiber den Lohn zu zahlen. Ihm wird der Anspruch aber zuerkannt, weil der Grund der Unmöglichkeit ja nicht an ihm gelegen habe — cum per te non stetisse proponas. Darum von der anderen Seite fidem contractus impleri aequum est. Der Glossator Bartolus hat diesen Satz dann verallgemeinert und ausdrücklich auf den Gläubiger hingewiesen: casus contingens in personam conductoris eum non libe-

[46]) Lohnzahlung S. 19 ff.

rat a mercede. (Summa vor derselben lex.) Hierin kann man ganz deutlich eine Verantwortlichmachung des Gläubigers für seinen Gefahrenkreis sehen, ganz im Sinne der von uns oben für richtig befundenen Ansicht, daß der Schuldner nicht für ein dem Bereich des Annahmewirkens angehörendes Ereignis einzustehen brauche.

Diese Auffassung wird aber nicht allgemein geteilt. Und zwar hat das Reichsgericht im Jahre 1880[47]), als der Kläger, ein 1861 auf Lebenszeit eingesetzter Bauernvogt, sich auf diese Stelle berief, in gegenteiligem Sinne entschieden. Diesem Vogt war durch die Aufhebung der Bauernvogtstellen im ganzen Lande durch die preußische Landgemeindeordnung von 1874 die Leistungsbewirkung der Bauernvogtsdienste unmöglich geworden, und das Reichsgericht hat entgegen der Entscheidung der Berufungsinstanz die Anwendung der angezogenen l. 19 § 2 nicht für richtig gehalten, da man sie nicht zu sehr verallgemeinern dürfe und „sie nicht auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit bezogen werden könne". Dasselbe behauptete es für die l. 38 pr. Dig. 19, 2, wo gleichfalls derjenige, qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Auch hier sei keine Verallgemeinerung am Platze; in der Regel müsse der Dienstverpflichtete objektiv imstande sein zur Leistung der Dienste.

Wir hatten oben nun andererseits auch den Schuldner für die ihn selbst treffenden Leistungshindernisse, für seinen Einwirkungsbereich, einstehen lassen. Dafür ist auch im römischen Recht eine Stelle heranzuziehen: l. 15 § 6 Dig. 19, 2, wo das Schiff des Dienstverpflichteten durch Zufall untergeht. Man beachte, hier ist es der Schuldner, der das Dienstgerät zu beschaffen hat. Die Gefahr liegt also bei ihm. Daher braucht auch der Arbeitgeber den Lohn nicht zu zahlen, da er die Dienste des anderen Teiles ja nicht benutzen konnte (cum munere vehendi functus non sit). Wir erkennen dieselbe Frage schon im alten Recht, und wenn auch nicht Einigkeit in der Auffassung, so doch dieselben Gedanken und rechtspolitischen Erwägungen, eigentlich ganz modern und für heute verwendbar: die beiden Gefahrenkreise der Vertragsgegner, die Verteilung des Betriebsrisikos.

Sieht man auf das Ausland, so gewährt uns das österreichische ABGB. in seinem durch eine Novelle von 1916 geänderten § 1155[48]) eine Unterstützung, indem dieser trotz Nichtleistung der Arbeit den Anspruch auf Entgelt beläßt, wenn die Hinderung „durch Umstände, die auf seiten des Dienstgebers liegen", verursacht wurde. In Österreich ist der Gedanke, daß der Arbeitgeber für seinen Ein-

[47]) RGE. 3, S. 179 ff.

[48]) angeführt bei Adler A. R., 1922, S. 360.

wirkungsbereich einstehen müsse, also klar ausgesprochen.[49]) Englands Recht läßt es auf den Einzelfall in solchen Lagen ankommen. In diesem Sinne antwortete auf eine Umfrage des internationalen Arbeitsamts in Genf nach der Stellungnahme der Staaten zu dieser Frage der englische Vertreter, indem er erklärte, wesentlich sei zur Entscheidung solcher Fragen in England „the particular contract made in each case".[50]) Das französische Recht steht hingegen auf einem klar ablehnenden Standpunkt und läßt in seinem Code civile Art. 1148 systematisch jeden Lohnanspruch wegfallen, wenn die Durchführung der Leistung durch Zufall oder höhere Gewalt (par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit) unmöglich geworden ist. Hier finden wir also die Zuweisung des Betriebsrisikos ganz auf die Seite der Arbeitnehmer, die auf diese Weise die Gefahr bis zur Erfüllung des Schuldverhältnisses zu tragen haben, obwohl der eigentliche Grund beim Arbeitgeber liegt.

§ 4

Das Betriebsrisiko in Tarifverträgen der neueren Zeit.

Wie im vorigen Abschnitt für fremde gesetzliche Regelungen Vergleichspunkte zum deutschen geltenden Recht aufgezeigt wurden, so sollen jetzt die Vereinbarungen der Gesamtvertragsparteien, die Tarifpraxis unter demselben Gesichtspunkt der Verteilung des Betriebsrisikos beleuchtet werden. Unserer Darstellung kommt es dabei weder auf Vollständigkeit noch auf die Berücksichtigung nur der neuesten, noch geltenden Tarifverträge als unbedingt wesentlich an. Es soll nur ein Blick in die Mannigfaltigkeit der tatsächlichen tariflichen Regelungen getan werden.

In einer großen Zahl von Tarifverträgen[51]) halten sich die Parteien ganz im Rahmen des Gesetzes, indem meist überhaupt keine Regelung der Frage getroffen oder teilweile ausdrücklich auf die „gesetzlichen Bestimmungen" als maßgebend hingewiesen wird.[52])

Im Gegensatz zu diesen, sich dem Gesetz stillschweigend oder ausdrücklich anschließenden Vereinbarungen finden sich nun in Tarifverträgen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung in Menge. Da ist vor allem der Satz zu nennen: Lohn wird nur für wirklich

[49]) Österr. Justizkommission des Herrenhauses des ehem. österr. Reichsrates in ihrem Bericht S. 220: Der leitende Gedanke, daß „alle in der Sphäre des Dienstgebers vorkommenden Zufälle von ihm zu tragen sind".

[50]) Hedemann a. a. O., S. 27.

[51]) Dem Verfasser lag das reichhaltige Tarifvertragsmaterial des Instituts für Arbeitsrecht der Universität Marburg vor.

[52]) RMTV. f. Gemeindearbeiter 1. 4. 25.

geleistete Arbeit gezahlt.[53]) Diese Wendung findet sich in mehreren Variationen, indem bald „Arbeitsausfall nicht bezahlt wird“ [54]) oder bestimmt wird, daß der Lohn „unter Zugrundelegung der wirklich geleisteten Stunden“ und „abgelieferten Stückzahl“ zu berechnen ist [55]) oder „grundsätzlich nur für die von Donnerstag früh bis Mittwoch abend geleistete Arbeit“ gezahlt werden soll.[56]) Auf dasselbe läuft die Bestimmung hinaus, daß man die Entscheidung über die Lohnzahlung dem Wohlwollen des Arbeitgebers überläßt, indem die Arbeitnehmer nur solange Anspruch auf Lohn haben, „als sie auf Weisung des Arbeitgebers an ihren Arbeitsplätzen bleiben müssen“.[57])

Alle diese Regelungen laufen sowohl dem § 616 wie dem § 615 zuwider, und es fragt sich, ob § 615 überhaupt von den Parteien ausgeschlossen werden kann (für § 616 dürfte es unbestritten sein), ob er nicht zwingendes, unabdingbares Recht darstellt.[58]) Ausgehend von dem Gedanken, nur einen Überblick über die Auswirkung des Problems in der Wirklichkeit geben zu wollen, können wir aber eine Entscheidung des Streitpunktes dahingestellt sein lassen.

Der Satz: „Lohn nur für geleistete Arbeit“ stellt nun oft nur den Grundsatz dar, von dem gleich wieder eine Menge Ausnahmen gegeben werden, indem für bestimmte Einzelfälle eine andere Regelung vorbehalten bleibt.[59]) Es handelt sich bei diesen Fällen meist nicht um solche des § 615, also um zufällige Arbeitshinderungen, deren Grund nicht auf seiten des Arbeitnehmers liegt; sondern die Fälle geben, wenn auch § 616 oft nicht genannt ist, tatsächlich eine Aufzählung von Hinderungsgründen, an die in § 616 gedacht ist (z. B. Unfall, Erkrankung, gerichtliche Vorladung). Des näheren berühren uns diese sich mit dem Gedanken des § 616 auseinandersetzenden Regelungen nicht.

---

[53]) RTV. Margarineindustrie 17. 4. 20; Perlmutterindustrie 10. 10. 19; Spiritusindustrie 19. 1. 20; Steinsetzgewerbe 14. 8. 20; Rahmentarif f. d. Obst- und Gemüsekonservenindustrie 6. 3. 24; RTV. Deutsche Zementwaren und Kunststeinindustrie.

[54]) TV. für die Textilindustrie Bielefeld, 12. 11. 21.

[55]) TV. f. d. Metallindustrie d. oberen Kreises Siegen, 29. 7. 24.

[56]) TV. f. d. Lausitzer Tuchindustrie, 26. 5. 24.

[57]) RTV. f. d. Bürstenindustrie, 18. 12. 19.

[58]) Man hat z. B. gesagt, § 122 d. Gew. O. laufe einem direkten Ausschluß zuwider. Ferner: wollte man gestatten, § 615 aus der Welt zu schaffen, so wäre zu prüfen, ob derartige Privatvereinbarungen nicht gegen die guten Sitten verstießen. So Gew. G. Hamburg 9. 10. 20; dagegen aber LG. Hamburg 22. 6. 21. — NZfA. 1922, S. 53.

[59]) „Im allgemeinen Lohn nur für die geleistete Arbeitszeit“: RTV. Steinsetzgewerbe 14. 8. 20; ferner RTV. Baugewerbe 5. 7. 1922; Rahmen-TV. über die Arbeitsverhältnisse in der rhein.-westf. Stahlindustrie 7. 3. 24. LTV. f. d. Arbeiter d. Reichsbahn 11. 7. 24; RMTV. f. Straßenbahnen 1. 11; 25; TV. Deutsche Straßenbahnen und Kleinbahnen, Bez. Berlin 1. 1. 24; TV. f. Zimmerer Tarifgebiet Groß-Berlin 29. 5. 20.

Als Fälle der Arbeitshinderung im Bereich des § 615 werden in einzelnen Tarifverträgen ausdrücklich hervorgehoben: Mangel an Kraft, Licht, Heizung oder Material.[60]) Ohne daß ausdrücklich ein Grundsatz wie der eben genannte: Lohn nur für geleistete Arbeit aufgestellt wäre, werden diese Fälle als Gründe angeführt, die den Lohnanspruch hindern. Als ein solcher Grund — merkwürdigerweise nur ganz vereinzelt bei zweien der von mir durchgesehenen Tarifverträge — findet sich auch der der Arbeitshinderung durch Teilstreik, nämlich der Fall, daß „andere für die Aufrechterhaltung des Betriebes notwendige Arbeiter unter Nichteinhaltung der mit ihnen vereinbarten Kündigungsfrist die Arbeit niederlegen".[61])

Auch in anderer Weise hat man sich vom Gesetz entfernt, das doch — es sei noch einmal festgestellt — in § 615 den Arbeitnehmern den Anspruch für die Zeit der Arbeitshinderung beläßt, ohne sie zur Nachleistung zu verpflichten. Man hat dem Arbeitgeber das Recht gegeben, die Leistung des Arbeitnehmers nachzufordern. Daß dann der Arbeitgeber für die nachgeforderten Stunden einen Aufschlag von 10% bezahlen muß, ist nur ein gerechter Ausgleich für die zum Nachteil des Arbeitnehmers erfolgende Abweichung vom Gesetz.[62]) Teilweise hat man in Fällen unseres Themas dem Arbeitnehmer das Recht auf Lohn bis zur Dauer entweder einer zweistündigen [63]) oder auch zweitägigen [63a]) Arbeitshinderung belassen oder (s. Anm. 62) seinen Anspruch auf die Hälfte des Lohns für die Zeit der Arbeitshinderung beschränkt. Ein anderer Tarifvertrag nimmt den Arbeitnehmern den Lohnanspruch, gibt ihnen aber „bei Lohnausfall infolge Störungen an den Arbeitsmaschinen" das Recht auf eine „angemessene Entschädigung".[64]) Und schließlich hat man von einer grundsätzlichen Regelung abgesehen und die Verteilung des Betriebsrisikos im Einzelfall den Parteien überlassen, indem der Tarifvertrag bestimmt, daß „in Fällen der Arbeitshinderung der Betriebsrat sich mit der Betriebsleitung in Verbindung setzen soll".[64a])

Die Darstellung dieser Anschauungen und Regelungen sollte einige Beispiele geben für die Auswirkung des Problems im Leben. Wir sehen, daß ein vielgestaltiges Bild sich bei dieser Betrachtung

[60]) RTV. Flaschenindustrie 7. 4. 20; RTV. Tiefbaugewerbe 17. 4. 19; RTV. Kartonnagenindustrie 1. 8. 25.

[61]) Kollektivvertrag f. d. Tafelglasindustrie 4. 4. 19; RTV. Tafelglasindustrie 1. 7. 20.

[62]) RTV. Kartonnagenindustrie 1. 8. 1925.

[63]) RTV. f. d. Zementindustrie 12. 2. 20.

[63a]) Tarifvertragliche Regelungen der Arbeitsbedingungen im mitteldeutschen Braunkohlenbergbau, 24. 3. 22.

[64]) RTV. Schuhindustrie 14. 4. 20; ähnlich: RTV. keramische Industrie 1. 10. 20; Bezirkstarif Metallind. Hagen 17. 4. 20.

[64a]) TV. f. d. Gas- und Elektrizitätswerke Anhalt 16. 12. 20.

der Tarifpraxis entrollt. Einen Weg zur positiven Lösung des Problems konnte diese Betrachtung nicht bringen, da, wie wir sahen, das Tarifrecht in bunte Einzelheiten zerflattert und ein einigermaßen gleicher Rechtszustand auf Grund der Tarifverträge sich nicht herausgebildet hat. Wir erkennen daraus, wie nötig es ist, eine feste klare gesetzliche Regelung zu treffen und systematisch alle Fälle in einer dem Gesetz und dem Rechtsempfinden entsprechenden Weise zu erfassen. Und diesen festen, alle Fälle umschließenden Rahmen meinen wir in unserer oben dargelegten Anschauung durch die Zuweisung des Betriebsrisikos an den Arbeitgeber erblicken zu sollen.

§ 5
Kaskelsche Fragestellung: Leistungsverzug.

Sämtliche der oben in § 2 dargelegten Anschauungen sehen in der Pflicht des Arbeitgebers zur Beschaffung der Arbeitsgelegenheit eine bloße Gläubigernebenpflicht und fragen nach deren Bedeutung für den Annahmeverzug. Kaskel[65]) hingegen sucht in scharfem Gegensatz zur herrschenden Lehre darzustellen, daß diese Pflicht des Arbeitgebers eine Schuldnerpflicht aus dem Dienstvertrage sei, und nimmt daher bei einem dem Arbeitgeber zurechenbaren Nichtvorhandensein der Arbeitsräumlichkeiten und -geräte Leistungsverzug des Arbeitgebers an.

Bisher wurde die Lohnzahlungspflicht wie selbstverständlich als einzige Schuldnerpflicht des Arbeitgebers aus dem Dienstvertrage angesehen.[66]) Kaskel dagegen lehrt, daß zur Vertragserfüllung sich drei Schuldnerpflichten ergänzen, die zeitlich und logisch voneinander abhängig sind. Zunächst hat nach Kaskel der Arbeitgeber als Schuldner die Arbeitsvoraussetzungen zu beschaffen, dann folgt die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung der vertraglich ausbedungenen Arbeit, und als dritte Pflicht ergibt sich die des Arbeitgebers zur Zahlung des Lohnes. Ebenso wie nun die Arbeitsleistung die durch § 614 bedingte Voraussetzung der Lohnzahlung ist, muß die Beschaffung der Arbeitsvoraussetzungen als natürliche Voraussetzung der Arbeitsleistung angesehen werden; ihr Wegfall macht die Arbeitsleistung unmöglich (in dieser Hinsicht stimmt also Kaskel mit der alten Titzeschen Auffassung überein). Gewährt also der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Arbeitsmöglichkeit, so liegt auf seiner Seite (nicht Annahmeverzug, sondern weil es sich ja nach Kaskel um eine direkte Schuldnerpflicht handelt), Leistungs-

[65]) NZfA. 1922, S. 1 ff.

[66]) So spricht z. B. Hein. JW. 1925, S. 185 im Text einfach: „Hinsichtlich der einzigen Schuldnerpflicht des Arbeitgebers“, also der der Lohnzahlung.

verzug oder Unmöglichkeit der Leistung vor. Daraus folgt, daß die Pflicht zur Weiterzahlung des Lohns von dem Verschulden des Arbeitgebers abhängig ist und ein Anspruch auf den Lohn nur gegeben ist, wenn der Arbeitgeber den Umstand zu vertreten hat; muß er dies, dann besteht sogar außerdem noch eine Schadensersatzpflicht.

Kaskel begründet seine Ansicht aus der Erwägung heraus, daß ebenso, wie neben der eigentlichen Arbeitspflicht für den Arbeitnehmer noch eine Treupflicht gegeben sei, für den Arbeitgeber neben den Pflichten der sozialen Fürsorge (§§ 617, 618) und der Erteilung eines Zeugnisses (630) auch eine Rechtspflicht zur Beschaffung der Arbeitssubstrate bestehe, daß er zur Beschaffung eines normal funktionierenden Betriebes rechtlich verpflichtet sei. Er spricht von einer „eigenen rechtlichen Existenz und einer eigenen Verfolgbarkeit des Anspruchs“.[67])

Dadurch, daß er den Anspruch aus § 618 auf ordnungsgemäße, gefahrlose Einrichtung der Arbeitsräume als ähnlich oder gleichgerichtet heranzog, hat er unterstellt, daß § 618 einen klagbaren Anspruch auf Herstellung derartiger Einrichtungen gebe. Lotmar und Oertmann [68]) entscheiden sich auch für ein Klagrecht auf Erfüllung der Vorschriften aus § 618. Zwar sei die Pflicht nur eine hypothetische — zur Annahme der Dienste sei der Arbeitgeber nicht verpflichtet; wenn aber die Bedingung, die Entgegennahme der Dienste eingetreten sei, dann müsse auch eine Klage möglich sein. Wenn der Arbeitgeber die Räume überhaupt einrichte, dann müsse er sie ordnungsmäßig einrichten. Titze [69]) weist dagegen darauf hin, daß das Interesse des Angestellten nur dahin gehe, daß er in einem ordnungswidrigen Betriebe nicht zu arbeiten brauche und doch keine Einbuße an Gehalt erleide. Daher sei kein Klagerecht nötig und vorgesehen.

Mag man sich in diesem Streitpunkt stellen wie man will, mag man Lotmar, Oertmann und Kaskel die Klagbarkeit des Anspruchs aus § 618 zugeben, so muß entschieden bestritten werden, daß der Arbeitnehmer ebenso wie auf Stellung von ordnungsgemäßen Einrichtungen, überhaupt auf Einrichtungen, also auf Beschäftigung klagen könne. Damit würde man dem Arbeitnehmer geradezu ein Recht auf Arbeit zuerkennen, und das ist mit dem geltenden Recht unvereinbar. Das BGB. spricht nirgends deutlich von einem Recht auf Arbeit, und auch nach der Reichsverfassung gibt es kein solches. Art. 157 stellt zwar die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz

[67]) a. a. O., S. 8.

[68]) Lotmar Bd. II, S. 278; Oertmann Dtsch. Arbeitsvertragsrecht, S. 201.

[69]) Titze, Recht d. kaufm. Personals, S. 856; JW. 1923, S. 247. Ebenso Hueck, Handb. d. A. R., Bd. II, S. 163.

des Reiches, und in Art. 163 Abs. 2 wird ganz allgemein aufgeführt, daß jedem Deutschen die „Möglichkeit gegeben werden soll, sich durch wirtschaftliche Tätigkeit seinen Unterhalt zu erwerben“. Aus einer solchen rein programmatischen Bestimmung kann aber nicht gefolgert werden, daß der einzelne Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag abschließt, gegenüber seinem Vertragsgegner ein Recht auf Arbeit hat.[70]) Eine besondere gesetzliche Bestimmung ist also nicht vorhanden; Kaskel stellt das Recht daher „als eine vom Gesetz nicht besonders behandelte, selbstverständliche Voraussetzung jedes Arbeitsvertrages“ dar. Gegen diese Behauptung wendet sich mit Recht eine große Zahl von Schriftstellern, so daß Kaskel mit seiner Ansicht fast allein dasteht.[71]) Als Grundregel muß festgehalten werden, daß es ein Recht auf Arbeit nicht gibt.[72]) Ausnahmefälle sind denkbar, wo es sich um Lehrlinge oder z. B. Schauspieler handelt, die ein besonderes ideelles Interesse — Ruhm, Kenntnisse — an der Beschäftigung haben. Diesen könnte man nach § 157 BGB. ein Recht auf Arbeit zubilligen. Nicht aber wäre es möglich, den Arbeitern einen durch Klage durchzusetzenden Rechtsanspruch auf Kohlenbesorgung oder Inbetriebsetzung der Maschinen zu geben. „Der Arbeitgeber kann im allgemeinen — allerdings wenn er den Lohn weiter zahlt — die Fortleistung der Gegenseite ablehnen, und zwar beliebig. Also ist es nicht ersichtlich, woher dem Arbeitnehmer ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Bereithaltung der Arbeitsstätte und Beschaffung bestimmter Arbeitsmittel zustehen soll.“ Auch aus § 618 eine solche Pflicht herleiten zu wollen, wäre verfehlt. § 618 sagt nur, der Arbeitgeber habe die beschafften Räumlichkeiten in der im Paragraphentext angegebenen Weise zu unterhalten, nicht daß er sie zu beschaffen habe. W e n n er sie stellt, muß er sie ordnungsmäßig stellen (da hat der Arbeitnehmer u. U. sogar ein Klagrecht; s. o. Oertmann), aber d a ß er zur Stellung verpflichtet ist, sagt § 618 nicht. Die Anerkennung der Kaskelschen Lehre seitens der Arbeitgeber ist zu verstehen. Als Konstruktion nach geltendem Recht muß sie aber als nicht durchführbar bezeichnet werden.[73])

[70]) Simson, Teilstreik S. 8.

[71]) Dafür LG. Altona 29. 4. 22; Jahrb. K. E. 1922, S. 10. Ablehnend: Titze JW. 1922, S. 548; Oertmann, NZfA. 1922, S. 466 ff.; Hueck, Handb. d. A. R. II, S. 84; Buchwald A. R. 1922, S. 362; Hoeniger JW. 1922, S. 1704, Groh, Koalitionsrecht S. 170, Anm. 37; RGE. 106, 272; LG. I Berlin 6. 3. 22, Jahrb. K. E. 1922, S. 9.

[72]) Leonhard, Lehrb. i. k. Sätzen, S. 82, II. B. 4.

[73]) Interessant ist, daß sich ein Organ der Rechtsprechung noch vor Kaskel 1921 ganz im Sinne Kaskels, wahrscheinlich aber in einer diesem nicht erwünschten Weise ausgesprochen hat, der Schl. A. Koburg (GKG., Bd. 26, S. 18), der im Falle eines Teilstreiks der Heizer diese als E r f ü l l u n g s g e h i l f e n des Arbeitgebers im Sinne von § 278 bei seiner Pflicht zur Stellung ordnungsmäßiger Substrate ansah und den Arbeitgeber dafür einstehen ließ. Die Ablehnung dieser Entscheidung ergibt sich aus dem über den Kaskelschen Versuch

Auch ihr verschiedentlich hervorgehobenes rechtspolitisches Ziel, daß der Arbeitgeber nämlich ohne Verschulden nicht, bei Verschulden aber sogar zu Schadenersatz verpflichtet sei, kann nicht recht befriedigen. Denn die Vorteile, die der Arbeitgeber dadurch hat, daß er nur für Verschulden einzustehen hat, werden durchaus nicht durch den etwaigen Nachteil (gegenüber der Nur-Lohnzahlungspflicht) der Schadensersatzpflicht gemindert, da doch der Schadensersatzanspruch bei einem Arbeiter kaum je über den Lohnanspruch hinausgehen wird. Es würde also eine unbedingte, ungerechtfertigte Besserstellung der Arbeitgeber dadurch gegeben sein, die ganz den oben über das Betriebsrisiko aufgestellten Grundsätzen widersprechen würde.

II. Der Teilstreik im besonderen.

§ 6

Individualismus und Kollektivismus.

Wenn wir jetzt von der Behandlung der Arbeitshinderungen im allgemeinen uns dem besonderen Problem des Teilstreiks zuwenden, so stellt sich heraus, daß man gestützt auf die oben für richtig befundene Trautmannsche Ansicht beim Teilstreik doch nicht zu einem Ergebnis kommt, das den modernen Verhältnissen und Anschauungen entspricht. Die Arbeitshinderung durch Teilstreik stellt innerhalb der Fälle von Betriebsstockungen einen ganz besonderen dar, insofern als die Hinderung nicht vom Arbeitgeber, einem unbeteiligten Dritten oder einer Naturgewalt ausgeht, sondern von einem Teil der Vertragsgegner des Arbeitgebers, einem Teil der Arbeiterschaft, der durch sein Nichterscheinen und Nichtarbeiten dem anderen arbeitswilligen Teil die Verrichtung der Dienste unmöglich macht.

Es handelt sich hier in diesen Fällen um den für den Gang des Betriebes unbedingt wesentlichen Teil der Arbeiterschaft, von dem der ganze Betrieb, ohne daß der Arbeitgeber irgend etwas dazu tun könnte, abhängt, und der dem anderen Teil, den Kollegen, damit notwendig die Arbeitsmöglichkeit entzieht. Man denke an die bekannten Fälle der Heizer, die durch ihr Nichtarbeiten die Maschinen oder Porzellanöfen außer Betrieb setzen, der Elektrizitätsarbeiter, von denen die Straßenbahner abhängig sind usw. Die Sonderstellung, die dieser Fall der von der Seite der Arbeiterschaft ausgehenden Arbeitshinderung gegenüber den anderen neutralen einnimmt, wird — das leuchtet ein — sich in der Behandlung und auch dem Ergebnis zeigen müssen.

Gesagten, da der Arbeitgeber nicht Vertragsschuldner in bezug auf die Substrate ist.

Will man versuchen, auf Grund der Trautmannschen Ansicht auch hier zu einem Ergebnis zu kommen, so wird man bei richtiger Durchführung der obigen Gedankengänge, indem man das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber für sich betrachtet und jedem seinen Gefahrenkreis zuweist, auch diese Arbeitshinderung in den Geschäfts- und Betriebskreis des Gläubigers fallen lassen müssen. Der Leistungsanteil jedes einzelnen Arbeitswilligen im Sinne von § 323 ist bei seinem Erscheinen auf der Arbeitsstätte als möglich anzusehen, und da ferner an der Mitwirkungsunterlassung — wie allgemein als selbstverständlich angenommen wird — nicht zu zweifeln ist, sind beide Voraussetzungen des § 615, also Annahmeverzug und damit die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gegeben.

Diese Entscheidung entspricht zwar durchaus dem individualistisch eingestellten BGB. und den darauf allein aufbauenden Anschauungen, trägt aber den neueren Verhältnissen, wie sie sich tatsächlich entwickelt haben, in keiner Weise Rechnung. Das Arbeitsverhältnis kann nicht mehr wie bisher allein unter dem Gesichtspunkt des Einzelvertrages betrachtet werden. Der Arbeitnehmer steht tatsächlich nicht allein für sich dem Arbeitgeber gegenüber, sondern in der Reihe seiner Kollegen, die mit ihm alle die gleichen Interessen in ihrer Eigenschaft als Vertragsgegner des Arbeitgebers haben. Der Einzelarbeitnehmer schließt zwar den Vertrag mit dem Arbeitgeber, tatsächlich „bildet aber der Einzelarbeitsvertrag in einem Großbetriebe ein Glied einer Kette von Verträgen, die nur in ihrem systematischen Zusammenwirken dem Endziel einer zweckentsprechenden Produktion dienen können".[74])

Die Erkenntnis dieser Tatsache ist etwas ganz Neues.[75]) Den Einzelarbeitnehmer nicht mehr für sich zu betrachten, sondern ihn als Glied eines Ganzen, einer Einheit zu sehen, und gar diesem Ganzen eine rechtliche Bedeutung zuzuerkennen, vielleicht sogar die Herausbildung des Betriebes oder der Belegschaft zu einer Art Rechtspersönlichkeit anzunehmen, dies sind Gedanken, die dem alten, mit dem BGB. aufgewachsenen Dogmatiker fremd vorkommen mögen. Wenn man aber sagen wollte, „an dem Grundwesen des individuellen Arbeitsvertrages sei bis heute nicht gerührt", wie es Krückmann tut,[76]) so würde man die Tatsachen vollkommen verkennen und an Altem, offenbar Überlebtem und Gewesenem haften.

Das Zeitalter des schrankenlosen Individualismus ist auf dem Gebiete des Arbeitsrechts im Schwinden. Der tatsächlichen Wandlung folgte bald deren Erkenntnis und sofort nach dem Kriege auch

[74]) So sagte schon 1919 Schmincke — GKG., Bd. 24, S. 263, zog aber nicht die Folgerungen (als Vors. d. Gew. Ger. Bremen; Urteil v. 2. 5. 19).
[75]) Oertmann — GKG. 25, S. 6 — kennt z. B. 1919 noch nichts davon.
[76]) Leipz. Ztschr. 1926, Sp. 9.

der gesetzliche Niederschlag dieser Gedanken. Deutlichster Ausdruck hierfür ist das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, „das zum ersten Male die Verbundenheit der in einem Betriebe tätigen Menschen zu einer Arbeitsgemeinschaft anerkennt und alle Arbeitnehmer zur organisierten Belegschaft mit Vertretung verbindet und Beziehungen schafft zwischen dieser Gesamtheit und dem Betriebsleiter, dem Arbeitgeber“.[77]) Hinsichtlich unserer Frage der erste amtliche Schritt vom Individualismus zum Kollektivismus!

Und in ähnlicher Weise wird diese Entwicklung, dies Wirken der neuen Zeit, auch an unserem Problem aufgezeigt werden. In den im ersten Teil der Arbeit behandelten Fällen vermochte diese Frage nicht anzuklingen; im Falle des Teilstreiks aber wirkt sich die Bezogenheit des Arbeitnehmers zu seinen Genossen aus. Hier greifen Mitglieder der Gemeinschaft, des Betriebes oder der Arbeiterschaft, hindernd in den Gang des Werkes ein. Hier sind es die Zahnräder selbst, die durch ihre Stellung das übrige Getriebe anhalten, nicht von außen kommende Eingriffe. Beim Teilstreik, dem hemmenden Eingreifen einer Zahl von Gliedern eines Organismus in dessen Gang, finden die tatsächlichen Verhältnisse, allein mit dem individualistischen BGB. betrachtet, nicht die ihnen zukommende Berücksichtigung: daher tritt für die Behandlung des engeren eigentlichen Themas vor den Individualismus der Kollektivismus.

§ 7

Betriebsgemeinschaft oder Solidarhaftung der Arbeiterschaft.

Es ist nun festzustellen, wie sich das soeben aufgerollte Problem des Kollektivismus ohne BGB., rein sozialrechtlich, ganz allein aus den modernen Erwägungen heraus darstellt, wie diese Bezogenheit des Einzelarbeitnehmers zu seinen Kollegen und seinem Betrieb allgemein rechtlich gewertet zu werden vermag, wie man die neuen Erscheinungen tatsächlich und rechtlich fassen kann, ohne vorerst die Begriffe des BGB. heranzuziehen. Es sei zunächst an Hand der geschichtlichen Darstellung der Rechtsprechung noch einmal die Entwicklung aufgezeigt vom Auftauchen des arbeitsrechtlich bedeutsamen Problems an, die Weiterbildung und Fortentwicklung des Rechts, an der die Rechtsprechung einen hervorragenden Anteil gehabt hat. Diese Linie der Rechtsprechung soll dargelegt werden (des besseren Zusammenhanges wegen erst an dieser Stelle), und es wird sich zeigen, daß diese Linie individualistisch von Titze 1900 anfangend, zuletzt in dem kollektivistischen Streitpunkt: Betriebsgemeinschaft oder Solidarhaftung der Arbeiterschaft ausläuft.

[77]) Potthoff, Die sozialen Probleme des Betriebes, S. 10.

Vor dem Kriege und auch noch im Kriege lag naturgemäß bei den Gerichten, Gewerbe- und Kaufmannsgerichten und höheren Instanzen, die alte Auffassung von der Unmöglichkeit der Leistung allein im Bereich des Möglichen. Den Arbeitnehmern wurde also meist auf Grund des § 323 wegen Unmöglichkeit der Leistung der Lohnanspruch nicht gegeben.[78]) Als erste Entscheidung, gestützt auf die von uns für richtig erklärte Trautmannsche Ansicht ergeht das Urteil des LG. I. Berlin vom 6. 10. 1919,[79]) das sich in allen ganz Trautmann-Oertmann anschließt und in einem Falle des Strommangels, einer oben als allgemein bezeichneten Arbeitshinderung, den arbeitswilligen Arbeitnehmern den Lohnanspruch zuerkennt. Demgegenüber hebt das LG. Gießen in seinem Urteil vom 4. 11. 1920[80]) klar und ausdrücklich die alte Ansicht hervor und entscheidet entgegengesetzt. Eine Reihe von Entscheidungen folgte, die je nachdem eine dieser beiden Auffassungen vertreten. Die Vereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände war in der Lage, eine Anzahl von ihr günstigen Urteilen in einer Sammlung[81]) von drei Folgen (57 Urteile) zu veröffentlichen. Entgegengesetzt suchten die Gewerkschaften in ihren Zeitschriften Urteile, die ihnen günstig waren, zur Kenntnis der Allgemeinheit zu bringen. Eine Sammlung wie auf Arbeitgeberseite besteht nicht.[82]) Es ist wichtig festzustellen, daß sich die Ansichten mehr und mehr in späterer Zeit der neuen Lehre zuwenden (s. Anm. 82), und besonders bemerkenswert, daß sich ein Wandel in der Rechtsprechung einiger Gerichte geltend gemacht hat wie z. B. beim Gewerbegericht Düsseldorf[83]) und Landgericht Königsberg.

---

[78]) Baum, Handb. f. Gew.- u. Kaufmannsgerichte; Urteile zu § 615. Ferner z. B. Gew. G. Luckenwalde GKG. Bd. II, S. 351 im Jahre 1906. Ebenso Stein, JW. 1912, S. 507.

[79]) Jahrb. K. E. 1920, S. 21; GKG. 25, S. 169.

[80]) K. A. Stromsperre.

[81]) Sammlung von Entscheidungen über die Frage „Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug". In diesem Sinne z. B. (angeführt bei Heller, A. R. 1922, S. 481) LG. Altona 27. 10. 21; GG. Chemnitz 10. 11. 20; GG. Bonn 3. 9. 20; GG. Köln 1. 2. 21; LG. Köln 14. 7. 21; LG. Glogau 11. 11. 21; GG. Chemnitz 23. 2. 21. Weitere Urteile: GG. Danzig 15. 11, 19, GKG. Bd. 25, S. 75; GG. Plauen 8. 10. 19, GKG. 25, S. 77; GG. Neustadt 12. 1. 20, GKG. 26, S. 124; LG. Meiningen 20. 4. 20, GKG. 26, S. 125; LG. Elbing 10. 2. 21, Jahrb. K. E. 1921, S. 10; GG. Berlin 29. 6. 22, GKG. 27, S. 269.

[82]) Für Trautmann sich entscheidende, also den A. N. günstige Urteile: außer LG. I Berlin z. B. GG. Barmen 27. 11. 19, GKG. 25, S. 100; GG. und LG. Hamburg, Urteile v. 30. 1. 22 u. 31. 5. 22, Hans. Ger.-Z. A. R. 25, S. 165; LG. Leipzig 17. 10. 23. NZfA. 1924, S. 173; LG. Gera 8. 4. 25, Schl. W. 1925, S. 197.

[83]) Urteil am 13. 8. 20 noch für Titze (angef. bei Heller A. R. 82, S. 481); am 1. 10. 24 für Trautmann. Ebenso LG. Königsberg 7. 11. 22, Jahrb. K. E. 1922, 17; später für Trautmann 8. 1. 24, Schl. W. 1925, S. 54.

Sieht man nun auf den besonderen Fall des Teilstreiks, so läßt sich mit der alten Titzeschen Ansicht ohne weiteres eine Ablehnung des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen gewinnen. So gehen verschiedene Gerichte z. B. das Gewerbegericht und Landgericht Bremen vor [84]), indem sie ohne kollektivistische Begründung einfach auf das BGB. und die alte Anschauung gestützt entscheiden. Als erstes Gericht unter Berücksichtigung der Neuerscheinungen kommt zu diesem Ergebnis das LG. Stade [85]), das ganz aus dem richtigen Gefühl heraus feststellt, „dann müssen sie — (die anderen Arbeitnehmer) — eben die Folgen tragen". Gegen dieses Urteil wendet sich scharf und ausdrücklich unter Ablehnung der kollektivistischen Gesichtspunkte der 5. Zivilsenat des Kammergerichts [86]) vom Boden der individualistischen Trautmannschen Auffassung aus, eine Entscheidung, die allein vom Individualrecht ausgehend so lauten mußte, die aber den tatsächlichen Verhältnissen in keiner Weise entspricht. Es besteht der Zwiespalt, daß sich Trautmannsche Ansicht und Kollektivismus im Ergebnis nicht vereinen zu lassen scheinen, und so entschied sich das Kammergericht für den sicheren Boden des BGB. und sah mit der auch von uns für allgemeine Fälle der Arbeitshinderung angewandten Trautmannschen Lehre den kollektiv aufzufassenden Fall des Teilstreiks rein individualistisch und gab den Arbeitswilligen den Anspruch. In demselben Sinne konnte noch 1923 das Landgericht Altona den Satz prägen: „Der Arbeitsvertrag den der Kläger mit dem Unternehmer geschlossen hat, geht nur diese beiden Parteien an".[87])

In schroffem Gegensatz dazu erließ dann der 3. Zivilsenat des Reichsgerichts im Falle des Kieler Straßenbahnerstreiks am 6. 2. 1923 jenes berühmte, bahnbrechende, vielerörterte, auf sozialen Momenten aufgebaute Urteil,[88]) in dem es den Lohnanspruch der Arbeitswilligen aus dem Gedanken der „Betriebsgemeinschaft" heraus ablehnt. Zwar hat es dies Ergebnis nachher bei der Einfügung ins BGB. mit der alten Auffassung von der Unmöglichkeit der Leistung begründet; die Bedeutung des Urteils aber liegt „in der Anerkennung des kollektiven Charakters des Arbeitsverhältnisses".[89]) Diesem Urteil schlossen sich eine Reihe anderer Gerichte

[84]) GG. Bremen 2. 5. 19, GKG. 24, S. 261; LG. Bremen ohne Datum, GKG. 25, S. 139; GG. Düsseldorf 17. 12. 20, u. Berufung LG. Düsseld. ohne Datum, GKG. 27, S. 111.

[85]) Urteil v. 16. 12. 20, JW. 1921, S. 1336.

[86]) Urteil vom 16. 12. 22, JW. 1923, S. 941; darauf stützend in einem Falle allgemeiner Arbeitsbinderung LG. Königsberg Schl. W. 25, S. 54, s. Anm. 83; ebenso GG. Berlin GKG 24, S. 87.

[87]) Zit. bei Potthoff, Afa-Bundeszeitung 1926, S. 13.

[88]) RGE. 106, S. 272 ff; JW. 1923, S. 831; GKG. 28, S. 154; NZfA. 1923, S. 322; R. A. Bl. Amtl. Teil. 1923, S. 337.

[89]) So Potthoff A. R. 1923, S. 679.

an, die teils in ähnlich gelagerten Fällen dieselbe Entscheidung trafen,[90]) teilweise allerdings aus den Darlegungen des Reichsgerichts zu weitgehende Folgerungen zogen.[91]) Es machten sich allerdings auch ablehnende Stimmen geltend, z. B. ausdrücklich seitens des LG. Leipzig (s. u.). Der Gedanke des Reichsgerichts, das, was soeben die „Anerkennung des kollektiven Charakters des Arbeitsverhältnisses“ genannt wurde, ist gut. Das Ergebnis des Reichsgerichtsurteils ist auch u. E. richtig, seine Begründung aber sowohl in kollektivistischer wie individualistischer Hinsicht nicht unanfechtbar. Sowohl der Gedanke der „Betriebsgemeinschaft“ wie sein Versuch einer tatsächlichen Einordnung des Ergebnisses ins BGB. können uns nicht zusagen. Das Urteil soll daraufhin kritisch gewürdigt werden; dabei wird in diesem Abschnitt[92]) gleichzeitig die eigene Ansicht von der „Solidarhaftung“ gegenüber der „Betriebsgemeinschaft“ des Reichsgerichts begründet werden.

Der Tatbestand, der dem Reichsgericht zur Beurteilung vorlag, war kurz folgender: Der Unternehmer, Eigentümer eines Straßenbahnbetriebs mit dem dazu gehörigen Elektrizitätswerk, mußte die von ihm betriebene Straßenbahn zwei Wochen lang stillegen, weil die Arbeiter seines Elektrizitätswerkes streikten und anderer Strom nicht zu erhalten war. Die Fahrer, Schaffner und Kontrolleure der Straßenbahnwagen boten ihre Dienste an und verlangten Lohn für die Zeit der Arbeitshinderung.

Das Reichsgericht stellt — (und darin sind wir ganz seiner Meinung) — vor allem fest, daß man, „um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu kommen, überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB. ausgehen dürfe, vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen müsse“. Dieser Satz des Urteils ist gleich zum Mittelpunkt eines ausgedehnten Streites geworden, indem man, besonders seitens des LG. Dresden,[93]) dem Reichsgericht vorwarf, es habe sich nicht in den Grenzen gehalten, die dem Richter durch das Gesetz gezogen seien und habe eine Lösung angestrebt, die nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden könne. Die gleiche Zivilkammer des LG. hat aber ein Jahr später diese Ansicht über das RG.-Urteil vollkommen umgestoßen und gesagt:[94]) „Das Vor-

[90]) LG. Halberstadt 3. 7. 24, NZfA. 1925, S. 113. GG. Amtshauptmannschaft Dresden 22. 10. 25, NZfA. 1926, S. 179; LG. Dresden 24. 4. 26, A. R. 1926, S. 641; OLG. Jena o. Datum, R. A. Bl. 1925, Amtl. Teil, S. 386.

[91]) Darauf wird unten noch eingegangen werden; LG. Duisburg 22. 7. 24, JW. 1925, S. 1911.

[92]) Das Eingehen auf die individualistische Begründung des Reichsgerichtsurteils wird unten in § 10 erfolgen.

[93]) Urteil vom 22. 4. 25, NZfA. 1926, S. 43; so auch Clemens Nörpel: Erwiderung auf Potthoff in der Afa-Bundeszeitung 1926, S. 14.

[94]) Urteil vom 24. 4. 26, A. R. 1926, S. 642; NZfA. 1927, S. 182.

gehen des Reichsgerichts bedeute nicht eine Überschreitung der Grenzen, sondern eine zeitgemäße, im Hinblick auf Artikel 159 durch Artikel 178 der Reichsverfassung gebotene Einschränkung des in § 615 BGB. niedergelegten Rechtsgedankens, notwendig dadurch, daß nicht mehr der Einzelarbeitnehmer, sondern die zu einem Kollektivwesen eigener Art erstarkte Belegschaft als Gesamtpersönlichkeit es sei, die ausschlaggebend auf seiten der Arbeitnehmerschaft handele."

Damit erkennt ein früherer Gegner den Gedanken des Reichsgerichts an, das auch nach unserer Auffassung vollkommen recht hat, wenn es sich der Erkenntnis der Strömungen des Lebens und der Wissenschaft nicht verschließt.

Es sagt weiter: „Das BGB. trägt sozialen Rücksichten vielfach Rechnung, und das trifft namentlich für das Recht des Dienstvertrages (§§ 617—619) zu. Immer wird aber das Verhältnis jedes einzelnen Dienstpflichtigen zum Dienstberechtigten betrachtet. Das BGB. steht also, den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend, auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen hat aber der Gedanke der sozialen Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefundem..... Es handelt sich nicht mehr um das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, dem Unternehmertum und der Arbeiterschaft." Soweit stimmen wir vollkommen mit dem Reichsgericht überein, und auch weiter, wenn dasselbe es für „selbstverständlich hält, daß, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft der Betrieb stillgelegt wird und die Betriebseinnahmen versiegen, es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, für die Lohnzahlungen (aus anderen Mitteln) zu sorgen". Das Reichsgericht erkennt damit die soziale Verbundenheit der Betriebsangehörigen an, dehnt aber nun den Begriff der Verbundenheit sehr weit aus, indem es eine solche des ganzen Betriebes annimmt. Das geht uns zu weit. Es sagt: „Der Arbeitnehmer ist nicht mehr ein bloßes Werkzeug des Unternehmers, sondern ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft. Dem entspricht es aber auch, daß, wenn die Arbeitsgemeinschaft aus Gründen, die nicht vom Unternehmer ausgehen, versagt, die Folgen nicht nur ihn treffen. Das gemeinschaftliche Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft bildet die Grundlage des Betriebs."

Das Reichsgericht meint also eine ganze Betriebsgemeinschaft annehmen zu können, in der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammen gegen Zufälle einzustehen hätten. Schon Hueck hat bei der Besprechung des Reichsgerichtsurteils [95]) vor zu weit gehenden

[95]) JW. 1923, S. 32.

Folgerungen gewarnt und hat richtig darauf hingewiesen, daß das RG. nur eine Teilfrage entschieden habe, nicht die Fälle der Arbeitshinderung überhaupt. Es wäre aber eigentlich nur folgerichtig vom Reichsgericht, wenn es diese Folgerung auch gezogen hätte, wie es z. B. das Landgericht Duisburg im Anschluß an das RG.-Urteil getan hat (s Anm. 91) mit seiner glatten Behauptung „Die Arbeitnehmer tragen das Risiko der Betriebsstätte". So stellt sich die Ansicht des Reichsgerichts folgerichtig durchgeführt dar [96]) und weist tatsächlich bei jedem Zufall dem Arbeitnehmer das Betriebsrisiko mit zu, das Risiko, das doch den negativen Ausgleichsfaktor des Gewinnes bedeutet. Wollte man eine volle Betriebsgemeinschaft annehmen in dem Sinne, daß man in jedem Falle Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammen für alles Widrige einstehen ließe, dann müßten auch auf der anderen Seite Vorteile für die Arbeitnehmer sich ergeben.[97]) So aber fehlt das Aequivalent auf der Gegenseite

Außerdem ist doch darauf hinzuweisen, daß der Betrieb im reinen Privateigentum des Arbeitgebers steht, daß der Arbeitnehmer keinen Teil daran hat. Eine solche Vermögensgemeinschaft, wie sie das RG. sieht, „ist noch Zukunftsplan ohne praktische Gegenwartsbedeutung".[98]) Man denke an das Betriebsrätegesetz, von dem wir oben sagten, daß es den Gedanken des Kollektivismus gefördert habe. Ganz klar geht daraus hervor, daß die Belegschaft durch den Betriebsrat dem Arbeitgeber gegenüber vertreten wird. Der Arbeitgeber bleibt nach wie vor der verantwortliche Leiter, ein Gedanke, der sich ganz deutlich in den §§ 66 Abs. 1 und 69 des Betriebsrätegesetzes ausspricht. (Der Betriebsrat unterstützt die Betriebsleitung.) Die in kollektivistischem Sinne getroffene gesetzliche Regelung spricht also selbst gegen die Vermögensgemeinschaft des Reichsgerichts. „Die Erträgnisse des Betriebes stehen ausschließlich dem Arbeitgeber zu, der den Betrieb auf seine Rechnung und Gefahr führt." [99]) Das Reichsgericht sieht eine vermögensrechtliche Einheit, die nicht vorhanden ist. Der Arbeitgeber haftet und trägt Gewinn und Verlust, nicht eine von ihm getrennte Gemeinschaft des Betriebes.

Diese Einheit vermag für die Zukunft wohl einmal angenommen werden können, wenn den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft gegenüber den damit verbundenen Nachteilen auch Vorteile erwachsen, so daß ein gerechter Ausgleich stattfindet. Heute aber widersprechen doch „das soziale Gegenüberstehen im Klassenkampf,

---

[96]) Dagegen mit Recht Sinzheimer A. R. 24, S. 477.

[97]) So auch Vollbrecht A. R. 1926, S. 773; dasselbe fordert Nörpel, A. R. 1926, S. 101: Rechte und Pflichten für beide Parteien, nicht nur Pflichten für die Arbeitnehmer!

[98]) Potthoff, A. R. 1926, S. 114.

[99]) Sinzheimer A. R. 1924, S. 477 f.

die Gedanken und die Durchführung des Betriebsrätegesetzes der Anerkennung einer Betriebsgemeinschaft", [100]) wie das Reichsgericht sie sich jetzt schon vorstellt.

Gegenüber dieser Betriebsgemeinschaft des Reichsgerichts behaupten wir, wie andere Kritiker des RG.-Urteils, das Vorliegen einer Gemeinschaft der Arbeitnehmer unter sich. Die Arbeitnehmer sind verbunden, aber nicht zusammen mit dem Arbeitgeber zu einer Einheit, sondern untereinander. Die Arbeiterschaft bildet eine Einheit, eine Geschlossenheit dem Arbeitgeber gegenüber im gleichgerichteten Interesse ihrer Mitglieder. Wir behaupten eine Haftungseinheit der Arbeiterschaft gegenüber dem Arbeitgeber im Falle des Teilstreiks, keine Betriebsgemeinschaft sondern Solidarhaftung!

Denn das ist festzuhalten: das Eigentliche, Wesentliche, Neue an dem RG.-Urteil, der Grundgedanke, den es von sich aus ausdrücklich ablehnt, ist der der solidarischen Haftung der Arbeiterschaft.[101]) Die Belegschaft ist nach unserer Auffassung als Ganzes anzusehen und stellt eine geschlossene Einheit dar gegenüber dem Arbeitgeber, auch wenn die einzelnen Glieder dieser Einheit sonst noch so verschiedener Anschauung sind. In dem Gegenüberstehen haben sie alle etwas Gemeinsames, ein Interesse, das bedingt ist durch die Zugehörigkeit zu dem Betrieb desselben Unternehmens. Wenn auch sich bei großen Betrieben die Einzelarbeitnehmer untereinander nicht kennen, so besteht doch tatsächlich eine gegenseitige Solidarität. Die Arbeitnehmer vermögen untereinander auf sich einen großen Einfluß auszuüben, da die einzelnen sowohl auf der Arbeitsstätte wie im Privatleben aufeinander angewiesen sind. Und nicht angenehm, ja von schweren Folgen begleitet dürfte es sein, wenn sich jemand durch Abweichen von der Ansicht der Allgemeinheit — wie Oertmann sagt [102]) — dem „Odium eines unkameradschaftlichen Egoismus" aussetzt. Diesen Einfluß, den die Kollegen tatsächlich aufeinander haben, geltend zu machen zur Aufrechterhaltung der Betriebsruhe, muß man den Arbeitswilligen zur Pflicht machen. „Es ist Sache der Arbeitnehmerschaft, wenn sie den Fortgang des Betriebes wünscht (damit also die Lohnzahlung), dafür zu sorgen, daß der Betrieb durch Streiks nicht gestört werde." [103]) Bei Nichtgelingen ihrer Bemühungen müssen die Arbeitswilligen eben für die Folgen einstehen. Denn der einzelne steht nicht mehr allein; er ist tatsächlich das Glied eines großen Ganzen, und wenn er sich nicht bemüht, in dieser Gemeinschaft seiner Ansicht zum Siege zu verhelfen, so verzichtet er damit auf die Geltendmachung seiner

[100]) Potthoff, A. R. 1926, S. 114.

[101]) So sagt auch das LG. Leipzig in seiner Kritik JW. 1925, S. 1920: „Tatsächlich läuft die Entscheidung des RG. auf nichts anderes heraus".

[102]) NZfA. 1922, S. 465.

[103]) Titze, JW. 1922, S. 550

Interessen und muß die Durchführung des Willens der anderen dulden, auch wenn dessen Folgen für ihn nachteilig sind.

Der große soziale Gedanke der Solidarität wird in der Gegenwart vielfach zum Vorteil der Arbeitnehmer verwertet; so ist es nur verständlich und erklärlich, daß er auch einmal den Arbeitnehmern nachteilige Wirkungen mit sich bringt.[104]) Die positive Seite des Solidaritätsgedankens, das Betriebsrätegesetz und mit ihm das Streben zur Demokratisierung der Wirtschaft hat als Negativum notwendigerweise die Solidarhaft der Arbeiterschaft im Gefolge. „Was die Mehrheit beschließt und tut, müssen alle für und gegen sich gelten lassen. Und die Terrorisierung durch eine Minderheit darf sich die Belegschaft eben nicht gefallen lassen.“ [105]) Diese Solidarität, die u. E. ihre Begründung und Berechtigung findet in der tatsächlichen Abhängigkeit der Arbeitsgenossen voneinander und in ihrer wirtschaftlichen Verbundenheit, wird von Clemens Nörpel,[106]) dem Gewerkschaftsführer, wie erklärlich, entschieden abgelehnt. Dieser meint, eine solche Auffassung mache aus der Gemeinschaft eine direkte „Verlustgemeinschaft“ der Arbeitnehmer. Praktisch seien dadurch allen bösen Trieben der Arbeitgeber alle Tore geöffnet, denn diese könnten nun bei irgend welchen Anlässen einen Konflikt provozieren und damit aller Verpflichtungen ledig werden. Diese Gefahr ist aber u. E. nicht so groß, da nach dem von uns unten gewiesenen Wege (s. § 10) der Richter das Handeln beider Parteien beachten und so auch ein etwaiges, wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten des Arbeitgebers in Rechnung ziehen kann.

Nach der alten Individualauffassung ist dies alles gar nicht zu verstehen. Da ist das Vorgehen der Vertragsbrüchigen ein Verhalten, dessen Folgen sie allein treffen und auf das Verhältnis der anderen Kollegen zum Arbeitgeber keinen Einfluß haben. Die Dinge haben sich aber gewandelt: es sind ganz andere Momente hinzugekommen, die früher noch nicht vorhanden sein konnten, weil es an der tatsächlichen Ansammlung der Massen von Arbeitnehmern fehlte. Aber nun vor diesen neuen Verhältnissen die Augen verschließen zu wollen und den Gedanken einer Haftung der Kollegen untereinander, eines Einstehens, das tatsächlich hinsichtlich des Vorteils und Nachteils besteht, ablehnen zu wollen, hieße die konkreten Daseinserscheinungen um abstrakter Dogmen willen leugnen.[107])

---

[104]) So Oertmann, Dtsch. Arbeitsvertragsrecht, S. 171, der dort seine früher in GKG Bd. 25, S. 5 ff. aufgestellte gegenteilige Ansicht ausdrücklich zurücknimmt.

[105]) Potthoff, Afa-Bundeszeitung 1926, S. 13.

[106]) A. R. 1926, S. 101.

[107]) Ebenso Simson, A. R. 1925, S. 426.

Daß die Entscheidung im Falle des Teilstreiks so lauten muß, ist „selbstverständlich". Das hat auch das Reichsgericht gefühlt. Wenn es aber eine Haftung der Arbeiter eines Betriebes untereinander ablehnt, (die Potthoff in scharfem Gegensatz zum Reichsgericht für alle Fälle grundsätzlich anerkennt), so wagt es trotz Anerkennung des kollektiven Charakters des Arbeitsverhältnisses noch nicht die vollen Konsequenzen zu ziehen und führt dadurch den von ihm selbst an die Spitze seiner Betrachtungen gestellten Gedanken, von den „sozialen Verhältnissen" auszugehen, unvollständig durch. Es rügt an den vorhergehenden Urteilen, daß diese den Vorschriften des BGB zu viel und den sozialen Verhältnissen zu wenig Bedeutung beigemessen hätten, bringt nun aber selbst den Verhältnissen zu wenig Beachtung entgegen, indem es eine Haftung ablehnt. Im Ergebnis stimmen wir also dem Reichsgericht zu; seine sozialrechtliche Begründung hinsichtlich der Betriebsgemeinschaft müssen wir ablehnen.

Die vorgeschlagene Haftung wird man nun aber nicht so weit ausdehnen dürfen, daß die Betroffenen für jede Einzelhandlung (vielleicht einen Sabotageakt eines Arbeiters) oder in jedem Falle, wenn z. B. durch Krankheit eines Meisters einzelne Arbeiter nicht arbeiten können, einzustehen hätten. Bei Mehrheitshandlungen jedoch, wenn die Belegschaft zur Durchsetzung von Forderungen der gesamten Arbeiterschaft den Teilstreik der für den Betrieb wesentlichen Arbeitnehmer beschließt, und dabei einige wenige überstimmt werden oder in der Versammlung nicht anwesend sind, wird man eine Mithaftung unbedenklich annehmen können. Das gleiche muß gelten für den Fall des allein zur Erreichung von Wünschen der Streikenden geführten Teilstreiks einer kleinen Gruppe, da man nach dem oben Gesagten eine Einwirkung der Arbeitswilligen auf die Mitglieder der Gemeinschaft, die den Betrieb zu stören beabsichtigen, zur Verhinderung der Betriebsstörung wohl verlangen kann. Das geschlossene Auftreten der Arbeiter, das sonst immer so hervorgehoben und erstrebt wird, äußert sich hier eben auch einmal zum Nachteil einzelner Mitglieder der Gemeinschaft, während die Arbeiterschaft doch sonst gerade durch die Geschlossenheit dem Arbeitgeber gegenüber wirkt. Wenn man nicht zu den größten Unbilligkeiten gelangen will (mittelbare Streikfinanzierung durch Entlastung der Streikkassen bei Lohnzahlung an die „Arbeitswilligen"), muß man die kollektivistische Verbundenheit der Belegschaft anerkennen und ihr den Tatsachen entsprechend auch rechtliche Wirkungen zusprechen.

Nun ist allerdings die Reichweite dieser Haftungsgemeinschaft näher zu umgrenzen. In den eben genannten Fällen handelte es sich immer um Angehörige eines Betriebes oder Unternehmens.

Nicht würde es angängig sein, schlechthin für jede Handlung von Arbeitnehmern irgendwelche anderen Arbeitnehmer einstehen zu lassen. Es muß für eine Gemeinschaft — wie schon das Wort ausdrückt — immer etwas Gemeinsames vorhanden sein, das für die Mitglieder nicht nur darin bestehen kann, daß sie eben alle mit irgendwelchen Arbeitgebern Verträge abgeschlossen haben, daß sie alle abhängige Arbeitnehmer sind. Wir sprachen von einer Einheit, einer Verbundenheit; diese muß sich auch äußerlich darstellen. In dem Worte „Teilstreik" liegt schon eine Begrenzung; nur der Streik des Teils einer Einheit kann gemeint sein und diese Einheit muß wirklich lebendig, faßbar, fühlbar sein.

Potthoff, der zwar grundsätzlich für die Arbeitnehmer kämpft, der aber doch in dem Bestreben, die Arbeitnehmer zusammenzufassen, wenn auch vorerst Nachteile sich dabei ergeben, dem Gedanken einer solidarischen Haftung nicht ablehnend gegenübersteht, nimmt folgerichtig eine Gemeinschaft aller Arbeitnehmer der ganzen Erde überhaupt an. Diese Auffassung geht u. E. zu weit. Wollte man ihr folgen, so würde das eine ungeheure Belastung der Arbeitnehmerseite bedeuten. Potthoff hat zwar diesen Grundsatz dadurch zu mildern gesucht, daß er die an der Arbeit verhinderten Arbeitnehmer nur dann für das Verhalten anderer Arbeitnehmer einstehen lassen will, wenn man von dem Streik der anderen „als der unmittelbaren Ursache der Betriebsstockung" sprechen könne.[108])

Hier dürften sich bei der Feststellung der Unmittelbarkeit schon große Schwierigkeiten ergeben. Es sei ferner darauf hingewiesen, daß doch in all solchen Fällen das für die Solidarität maßgebende Merkmal der Möglichkeit der Beeinflussung vollkommen fehlt. Nicht würden also nach unserer Auffassung die Hafenarbeiter in Bremen ihres Lohnanspruchs verlustig gehen mit dem Hinweis auf die durch einen Hafenarbeiterstreik in New York verursachte Arbeitshinderung. Da fehlt jegliche Vorstellung einer Solidarität, einer Verbundenheit. Zur Begründung einer Haftung muß ein geschlossenes Unternehmen oder, wie Harmsen sagt [109]), eine „Einheit" vorhanden sein; für ein solches Unternehmen aber wird man eine unwiderlegliche Vermutung der Solidarität annehmen können.[110])

Eine solche Verbundenheit ist im Betrieb für alle Angehörigen eines Werks gegeben, auch wenn dort Tausende von Arbeitnehmern beschäftigt sind. Da ist das Einheitliche, Zusammenhaltende vorhanden, da sind sie alle gegenseitig auf Gedeih und Verderb miteinander verbunden. „Es ist ein unbeugsames Faktum, daß der

---

[108]) A. R. 1923, S. 681 f.

[109]) Simson, Teilstreik sagt S. 31: Fiktion der Solidarität. Ähnlich, etwas schwächer Hoeniger, JW. 1922, S. 1705: „Es werden sich Vermutungen für das Zusammenwirken aufstellen lassen."

[110]) a. a. O., S. 89.

Arbeitnehmer mit seiner Arbeitskraft und seinem wirtschaftlichen Schicksal und darüber hinaus mit seiner menschlichen Persönlichkeit zuerst und am stärksten mit dem Betriebe verbunden ist.“ [111]) Das gilt auch hauptsächlich gegenüber der Einheit in Gewerkschaften, die man sonst wohl auch schon als eine solche Haftungseinheit genannt hat.[112]) Hier müssen wir ein Einstehenmüssen des Einzelarbeitnehmers für den Verband ablehnen, da das maßgebende Merkmal der Gleichartigkeit der Verträge, die wirkliche Verbundenheit gegenüber dem einen Arbeitgeber, fehlt. Die Haftung ist u. E. an den Betrieb oder das Unternehmen (rein technisch gedacht als Mehrzahl von Betrieben, die einheitlich zusammengefaßt sind) gebunden: nur da ist die Geschlossenheit vorhanden, „die gegebene, nicht gemachte Bruderschaft“[113]), die man als notwendig voraussetzen muß.

Damit ist auch der Fall entschieden, daß durch betriebsfremde Streikende, die nicht der Organisation der Arbeitswilligen angehören, die Arbeitshinderung herbeigeführt wird. Und zwar würde da natürlich noch weniger als im Falle der gewerkschaftlichen Zusammengehörigkeit eine Haftungsgemeinschaft anzunehmen sein.[114]) Wir nehmen also keine Berufs- oder gar internationale Solidarität an, sondern begrenzen den Haftungskreis auf den Betrieb oder das Unternehmen im oben genannten Sinne.

Nun fragt es sich aber, ob dieser Kreis auch die Angestellten eines Unternehmens mit umfaßt, sodaß alle Personen, die zum Arbeitgeber in irgendeinem Brotverhältnis stehen — vielleicht gar der Generaldirektor — von dieser Einheit einbegriffen würden. Die Ansicht des Reichsgerichts von der Betriebsgemeinschaft ist in dieser Hinsicht weitergebildet worden vom Oberlandesgericht Jena [115]). Es hat gesagt: „Trotz aller Gegensätze, die sie nach ihren Leistungen und ihrer politischen Einstellung und wirtschaftlichen Lage von der Arbeiterschaft scheiden mögen, sind die Beamten und Angestellten doch als Arbeitnehmer und Mitarbeiter in die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft auf Gedeih und Verderb mit verflochten.“ Selbst Nörpel, der grundsätzlich den Gedanken einer Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten begrüßt, sagt hierzu, daß „die praktischen Konsequenzen, welche das Gericht ziehe, in der Entwicklung noch gar nicht begründet seien“[116]). Wir müssen auch mit Potthoff [117]) sagen, daß man mit dieser Konsequenz „der Entwicklung schon vor-

[111]) Hedemann in „Die sozialen Probleme des Betriebes“, S. 23.
[112]) Harmsen a. a. O., S. 89, 94.
[113]) Hedemann, Anm. 112, S. 19.
[114]) Ebenso Oertmann, NZfA. 1922, S. 465.
[115]) R. A. Bl. 1925, Amtl. Teil, S. 386, ohne Datum.
[116]) A. R. 1926, S. 102.
[117]) A. R. 1926, S. 113.

auseilt, weil die neuesten Gesetze, z. B. das Betriebsrätegesetz, noch scharfe Scheidungen zwischen Arbeitern und Angestellten machen". Eine solche Einheit, kenntlich durch gegenseitige Beeinflußbarkeit, besteht doch auch hier tatsächlich zur Zeit noch nicht. Freilich vom Gedanken der Betriebsgemeinschaft aus, den wir ablehnen mußten, konnte ein solcher Schluß leicht im Bereich des Möglichen liegen, da nach der Ansicht des Reichsgerichts der Betrieb sicher auch „die Grundlage zur Lohnzahlung" an Angestellte und Beamte ist. Vom Standpunkt der Zulässigkeit einer bloßen Solidarhaftung aus müssen wir aber ein Einbeziehen der Angestellten und Beamten eines Betriebes in den Haftungskreis für Handlungen von Arbeitnehmern ablehnen.

Wir gewinnen also als Ergebnis unserer sozialrechtlichen Betrachtung im Hinblick auf die kollektivistische Verbundenheit der Arbeiterschaft, daß eine solidarische Haftung der zu einer betrieblichen oder Unternehmens-Einheit zusammengefaßten Arbeitnehmer untereinander nach sozialrechtlichen Gesichtspunkten anzunehmen ist.

§ 8

Lösungsversuche ohne BGB (Personenrechtstheorien.)

Noch nach dem Kriege „war es unbestritten und bedurfte es keiner weiteren Ausführung" [118]), daß der gewerbliche Arbeitsvertrag seiner rechtlichen Natur nach unter die Dienstverträge des BGB falle. Dies einheitliche Bild hat sich seit 1921 sehr geändert, und so müssen wir, bevor wir versuchen, das mit sozialrechtlichen Betrachtungen gewonnene Ergebnis und die neuen Anschauungen mit dem BGB zu vereinbaren, uns zunächst mit den Ansichten Potthoffs und Harmsens befassen, die eine Anwendbarkeit der BGB-Vorschriften auf den modernen Arbeitsvertrag schlechthin leugnen mit der Behauptung, der Arbeitsvertrag sei überhaupt kein Dienstvertrag im Sinne der Vorschriften §§ 611 ff. BGB. [119])

Kurz zusammengefaßt wollen die beiden Schriftsteller sagen: Dienstvertrag des BGB und Arbeitsvertrag — (so wollen wir auch zur Klarstellung unterscheiden) — seien grundverschieden. Der Dienstvertrag leite sich aus dem römischen Recht her. Er sei ein Unterfall der locatio conductio, der Sachmiete, und ein schuldrechtlicher Vertrag, dessen Inhalt in dem Darbieten der Arbeitskraft bestehe, ebenso wie sonst eine Sache dargeboten werde. Die Idee des Dienstvertrages sei Hingabe der Arbeitskraft eines Menschen als Vermögensobjekt. Im Gegensatz dazu sei die Idee des Arbeits-

[118]) So Wirtz, GKG. Bd. 23, S. 209.

[119]) Harmsen, Lohnzahlung bei Betriebsstockungen; Potthoff, A. R. 1922 S, 267 ff. JW. 1922, S. 551 ff. A. R. 1925, S. 244.

vertrages Hingabe des Arbeitnehmers als Mensch[120]). Der Arbeitsvertrag stamme aus dem deutschen Recht; er entspringe den alten Anschauungen vom Treudienstvertrage, dessen Hauptinhalt nicht das schuldrechtliche Verhältnis sei, sondern das personenrechtliche, die Treubeziehung vom Treuherrn zum Treudiener.

Harmsen führt die Beziehungen zum deutschen Recht[121]) in weitem Ausmaß vor und kommt zu dem Ergebnis, der heutige Arbeitsvertrag sei kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein durchaus personenrechtlicher mit vielleicht schuldrechtlichen Nebenwirkungen[122]). „Das personenrechtliche Band dränge von innen nach außen über das schuldrechtliche hinaus.“[123]) Das schuldrechtliche werde von dem personenrechtlichen ganz eingeschlossen; das gehöre mit dazu. Harmsen behauptet also, wie im deutschen Recht sei das Treu- und Fürsorgeverhältnis, das personenrechtliche, gegenüber dem Arbeits- und Entgeltsverhältnis, dem schuldrechtlichen, das Ursprüngliche und Maßgebende. Er kommt dann von dieser personenrechtlichen Beziehung auch auf die sozialrechtliche unter den einzelnen Arbeitnehmern und begründet „aus der Idee der Einheit des Arbeitsvertrages als Gesamterscheinung“ die Solidarhaftung der Arbeitnehmer füreinander, kommt also zu demselben Ergebnis wie wir.

Sinzheimer, der auch diese personenrechtliche Auffassung vertritt[124]), begründet sie hauptsächlich mit dem nach seiner Ansicht tatsächlich heute noch geltenden Satze des römischen Rechts: Inst. I § 52: quodcumque per servum aquiritur, id domino adquiritur. Er spricht dabei von einem „aus unfreien Abhängigkeitsverhältnissen übrig gebliebenen rudimentären Rechtszustand“, zielt also auf einen Vergleich der abhängigen Stellung des heutigen Arbeitnehmers mit dem alten Sklaven. Er weist da besonders auf die heutige Bestimmung des § 950 BGB hin, den auch die anderen Schriftsteller, die für eine starke Betonung des Personenrechtlichen sich einsetzen, immer zur Begründung ihrer Ansicht heranziehen. § 950, der besagt: „Wer durch Verarbeitung eines Stoffes eine neue bewegliche Sache h e r s t e l l t, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache“ usw., faßt als selbstverständlich auch den Fall in sich, wo der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in seinem Betrieb eine Sache „herstellen läßt.“[125]) Das heißt also, nicht der wirklich Verarbeitende, sondern sein Dienstherr erwirbt durch ihn das Eigentum.

[120]) Harmsen, a. a. O., S. 74.
[121]) Besonders gestützt auf O. v. Gierke „Die Wurzeln des Dienstvertrages im deutschen Recht“.
[122]) Ebenso klar Potthoff, A. R. 1925, S. 244.
[123]) Harmsen, a. a. O., S. 66.
[124]) „Grundzüge des Arbeitsrechts“ 1921, S. 23 ff.
[125]) Über die Beratungen der 2. Kommission für den Entwurf des BGB. Staudinger zu § 950, 5 b.

Die personenrechtliche Auffassung behauptet nun, diese Vorschrift weise besonders darauf hin, daß nicht nur die Arbeitskraft als Vermögensobjekt geschuldet und dargeboten wird, sondern daß der ganze Mensch von dem Verhältnis mit seiner ganzen Person erfaßt werde. Der Arbeitnehmer habe seine Selbständigkeit für die Arbeitszeit durch diese Überlieferung seiner Person vollkommen aufgegeben, so daß er gar keinen eigenen Eigentumserwerb begründen könne, sondern in Abhängigkeit für den Oberherrn erwerbe.

Dies Argument ist u. E. nicht zu verwerten. „Der Dienstvertrag" — wie auch der Arbeitsvertrag nach unserer Auffassung — „ist ein Vertrag, bei dem sich zwei Leistungen wirtschaftlich äquivalent gegenüberstehen, und zwar einerseits ein Entgelt gegen andererseits Dienstleistung. Ist nun ein Verarbeitungsprozeß Gegenstand der Dienstleistung, so kann diese nur dann gegenüber dem Entgelt ein Äquivalent sein, wenn ihr Erfolg dem anderen Teile zufällt. Der wirtschaftliche Erfolg ist äußerlich zunächst die Tatsache der Verarbeitung, und diese würde als wirtschaftlicher Faktor nicht zu werten sein, wenn ihr Erfolg nicht auch rechtlich auf seiten des anderen Teils wäre".[126]) Wir sehen also, daß die Vorschrift des § 950 nicht allein aus der personenrechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers zu erklären ist, sondern daß sich auch rein schuldrechtlich bei Betrachtung von Leistung und Gegenleistung, bei ihrem Abwägen zueinander eine Begründung für die Selbständigkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung finden läßt, da wirklich zwei wirtschaftlich gleichwertige Leistungen gegenübertreten.

Das Personenrechtliche ist nicht etwas dem Arbeitsvertrage Eigentümliches. Kraft jedes Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner, und zwar im Zweifel persönlich, eine Leistung zu fordern. Daß dies nun das eine Mal in einer Sachleistung von mir persönlich besteht und zum anderen in einer Verarbeitung, einer Tätigkeit sei es nun als unabhängiger oder abhängiger Arbeiter, kann nur ein Unterschied des Grades sein; Schuldverträge sind alle! Zwar ist beim Arbeitsvertrage eine größere persönliche Bindung vorhanden als bei den übrigen Schuldverträgen, auch dem Dienstvertrage des unabhängigen Arbeiters, der nicht wie der abhängige „fremdbestimmte" Arbeit leistet. Die Feststellung dieser Tatsache darf uns aber nicht dazu veranlassen, das Schuldrechtliche gegenüber dem Personenrechtlichen als unwesentlich zu bezeichnen. Der Arbeitsvertrag bleibt trotz des personenrechtlichen Bandes ein Schuldverhältnis, dessen Inhalt, das Arbeitsentgeltsverhältnis, im Mittelpunkt der Verpflichtungen steht. Das Gesetz hat zwar zum Schutz des Arbeitnehmers aus Billigkeits- und Vernunfterwägungen Schutzbestimmungen geschaffen und hat zu diesem

---

[126]) Buschmann in „Der Arbeitgeber" 1922, S. 355.

Zweck durch die §§ 616—618 dem Arbeitgeber personenrechtliche Nebenpflichten auferlegt. Diese Pflichten sind aber auch heute noch Nebenpflichten; sie sind erst die Folge eines schuldrechtlichen Vertrages. Der Inhalt der Verpflichtung des Arbeitnehmers geht auf Arbeitsleistung und auch auf Treue; der Arbeitgeber schuldet Entgelt und auch Fürsorge. Das Schuldverhältnis, die Verpflichtung ist das Primäre, von dem das andere abhängt. Der Dienstvertrag des BGB faßt in dieser Hinsicht den heutigen Arbeitsvertrag vollkommen. Beide sind schuldrechtliche Verträge, die sich nur durch die Stärke des personenrechtlichen Bandes unterscheiden. Das Vorhandensein und die Notwendigkeit des Personenrechtlichen im Arbeitsvertrag zu leugnen, beabsichtigen wir nicht. Nur ist es nicht das Maßgebende, sondern folgt als Nebenpflicht aus dem Arbeitsentgeltverhältnis. Eine solche Hingabe in die Fürsorge des Arbeitgebers, wie behauptet, besteht tatsächlich nicht. Nipperdey nennt diese Auffassung mit Recht „romantisch“.[127])

Wenn Harmsen weiter von sozialrechtlichen Wirkungen spricht, die aus dem Personenrecht sich herleiteten, so trägt er allerdings damit den neuen Erscheinungen mehr Rechnung als das BGB. Jedoch dürfte er, wenn er eine solche „Gemeinschaft“ annimmt, folgerichtig nicht auf die „Gemeinschaft der Arbeitnehmer“, also solidarische Haftung, hinauskommen, sondern müßte eine Betriebsgemeinschaft im Sinne des RG annehmen, indem er Treuherr und Treudiener zusammen gegen alles Widrige einstehen ließe. Seine Solidaritätsbegründung vermag daher so nicht einzuleuchten.

Abgesehen von der uns nicht direkt zwingend scheinenden Begründung vom Wesen und der Herkunft des modernen Arbeitsvertrages kann uns der Harmsensche Versuch nicht zusagen, weil er einfach ohne jede Grundlage, fern von allen positivrechtlichen Bestimmungen, eigentlich nur auf Sozialerwägungen und einer geschichtlichen Darstellung ein Rechtsgebäude errichtet. Nipperdey hat in seiner Besprechung des Harmsenschen Werkes darauf hingewiesen, daß man nicht „sich ein so allgemein gehaltenes Bild einer Rechtseinrichtung formen dürfe und dann daraus wie ein autokratischer Gesetzgeber weittragende praktische Folgerungen herleiten dürfe“ (s. Anm. 127). Das BGB ist nun einmal heute noch die maßgebende gesetzliche Regelung und schließt nach unserer Auffassung auch den Arbeitsvertrag in sich. Und solange man eine feste Grundlage wirklich hat, — daß sie nicht als Grundlage angesehen werden könne, ist u. E. nicht zwingend bewiesen — soll man sich soweit nur irgend möglich daran halten, um nicht nur auf das „Soziale“ angewiesen zu sein.

---

[127]) NZfA. 1925, S. 732.

B. Eigener Lösungsversuch.

§ 9

Solidarhaftung und BGB. Grundsätzliches.

Das Kollektivprinzip, von uns oben formuliert in der Frage nach der solidarischen Haftung der Arbeiterschaft, soll nun entgegen der dargelegten Personenrechtsauffassung schuldrechtlich mit dem BGB. erfaßt werden. Und zwar sei zunächst die grundsätzliche Berechtigung zu diesem Versuch dargelegt. Die Einordnung oder Eingliederung des Ergebnisses, das Eingehen auf die Einzelbestimmungen und -begriffe soll im nächsten Abschnitt § 10 erfolgen.

Ein neues, allen Anforderungen entsprechendes Arbeitsgesetzbuch gibt es noch nicht, und das heute noch als maßgebend anzusehende Gesetz, das BGB, steht, dem Zeitgeist seiner Entstehung entsprechend, auf einem rein individualistischen, nur das Verhältnis vom einzelnen zum einzelnen betrachtenden Standpunkt. Der uns sachlich maßgebende Gedanke des Kollektivismus ist im BGB nicht erfaßt, da es den mit sozialrechtlichen Betrachtungen gewonnenen Begriff einer Solidarhaftung der Arbeiterschaft nicht kennt. Wenn man eine vernunft- und zeitgemäße Regelung treffen will, kommt also eine Fortbildung des Rechts im modernen Sinne in Frage. Daß wir zu einer solchen Fortbildung uns entschließen dürfen, kann keinem Zweifel unterliegen.

„Sofern eine Vorschrift Fälle erfaßt oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder nicht bedacht sind und vernünftigerweise in dieser Weise nicht geordnet sein würden, so sind wir berechtigt, das Gesetz nach seinen eigenen Grundgedanken und *unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens* fortzuentwickeln.“ [128])

Im allgemeinen gilt für die Fortbildung des Gesetzes der Satz, daß der Wille des Gesetzgebers als maßgebend zu betrachten ist. Dazu sagt Simson u. E. zutreffend [129]): „Dieser Wille ist der Sinn, den eine Vorschrift haben muß, damit sie organisch im Rechtssystem verankert ist und die billigste Lösung des von ihr betroffenen Konflikts darstellt.“

Daher soll man nicht von den alten Vorschriften ausgehen, wohl aber versuchen, die neuen Anschauungen mit den alten trotzdem in einleuchtender Weise zu vereinen. So wird das BGB vernünftig und „unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens“ fortentwickelt, eine Regelung, die getroffen werden muß, wenn man nicht ganz ohne gesetzliche Grundlage mit allem in der

---

[128]) Enneccerus I, 1, § 54, S. 122.
[129]) Teilstreik S. 39.

Luft schweben will. Das BGB ist nun einmal der noch maßgebende gesetzliche Untergrund, neben dem man nicht einfach ein neues Gebäude errichten kann, wie es Harmsen versucht, sondern auf dem man in sinnentsprechender Weise bis zur gesetzlichen Schaffung eines neuen Grundes, wie ihn das Arbeitsvertragsgesetz darstellen wird, aufbauen muß. Und das sei nun versucht!

§ 10

Positive Einordnung ins BGB: Die Frage nach der Kausalität der Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers.

Wenn man eine positive Einordnung des mit sozialen Betrachtungen gewonnenen Ergebnisses in das BGB unternehmen will, wenn man also einen Lohnanspruch ablehnen will, dann wird es darauf ankommen, das Vorliegen des Annahmeverzuges zu leugnen, dessen beide Voraussetzungen — (es sei noch einmal darauf hingewiesen: 1. Angebot einer möglichen Leistung, 2. Mitwirkungsunterlassung des Gläubigers) — eine Angriffsfläche bieten.

Bisher ist man immer von der einen Voraussetzung, dem Angebot einer möglichen Leistung, ausgegangen. Auch das Reichsgericht in der oben erörterten Entscheidung hat dies getan und hat sich bei einer „Einfügung“ des Ergebnisses in die Vorschriften des BGB. mit der Feststellung begnügt, daß eine in der Lehre vertretene Auffassung die betreffende Entscheidung deckte, ohne auf die Berechtigung dieser Lehre näher einzugehen [130]). Es sagt, „den Arbeitswilligen sei durch die infolge des Streiks der übrigen notwendig gewordene Stillegung des Betriebes die Möglichkeit entzogen worden, die versprochenen Dienste als Fahrer, Schaffner und Kontrolleure zu leisten“; dadurch sei den Arbeitern die Leistung im Sinne von § 323 unmöglich geworden. Damit bekennt sich das Reichsgericht zu der alten, oben abgewiesenen Titzeschen Ansicht von der Möglichkeit der Leistung in § 323 und sieht als Leistung im Sinne von § 323 die Gesamtheit der Leistungshandlungen an. Es lehnt aus diesem Gesichtspunkt, weil den Arbeitnehmern die Leistung unmöglich sei, weil also die eine Voraussetzung des Annahmeverzuges fehle, das Vorliegen des Annahmeverzuges ab. Diese B e g r ü n d u n g vermag uns nicht zuzusagen.

Die erste Instanz in dem vom Reichsgericht behandelten Fall, das Landgericht Kiel, hatte im entgegengesetzten Sinne entschieden, vom Boden der Trautmannschen Auffassung aus, hatte also einfach,

[130]) In der individualrechtlichen Begründung genau so wie die oben Anm. 84 zitierten Urteile, nur unter Voranstellung der sozialrechtlichen Gesichtspunkte.

da Möglichkeit des Leistungsanteils gegeben sei, Annahmeverzug angenommen, ein Ergebnis, das ohne jede kollektivistische Betrachtung gewonnen so lauten mußte, dem wir aber unsere Zustimmung versagen müssen. Gegenüber beiden Urteilen ist zu sagen, daß sich sehr wohl auch mit der Trautmannschen Ansicht (gegen RG-Urteil) unter Beachtung der kollektivistischen Gesichtspunkte (gegen erste Instanz) das Vorliegen des Annahmeverzuges ablehnen läßt.[131])

Man hat bei Verfolgung dieses Weges zwei Möglichkeiten, indem man entweder das Angebot einer möglichen Leistung durch die Arbeitswilligen leugnet oder behauptet, es sei überhaupt keine Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers gegeben: so wäre in jedem Falle, da ja eine Voraussetzung des § 615 fehlte, Annahmeverzug abzulehnen.

Den ersten Weg ist Simson gegangen[132]). Er meint, die Einzelleistung jedes Arbeitnehmers könne überhaupt nicht für sich allein vereinbart werden, sondern stelle nur ein Glied einer großen Kette von Arbeitsleistungen dar. So erhebe sich die Frage, ob man überhaupt von einem Einzelangebot eines Arbeitnehmers sprechen könne, ob ein einzelner Arbeitnehmer überhaupt in der Lage sei, durch Angebot seiner Leistung allein den Arbeitgeber für das zwischen ihm und diesem bestehende Verhältnis in Verzug zu setzen; es sei zu erwägen, ob nicht vielmehr ein Zusammenwirken aller Arbeitnehmer notwendig sei, um „die vereinbarte Leistung“ dem Arbeitgeber gegenüber anzubieten und zu bewirken. Er sagt weiter: Die Einzelleistung verliert ihren Sinn, wenn man sie aus dem Ganzen loslöst und unabhängig für sich bestehen läßt. Der Arbeitgeber verlangt von dem Arbeitnehmer in seinem Vertrage, daß er seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Dieser Vertrag hat aber die stillschweigende Voraussetzung, daß auch alle anderen Arbeitnehmer, mit denen der Arbeitgeber Arbeitsverträge abgeschlossen hat, ihren Vertragspflichten nachkommen. Daraus folgt die Abhängigkeit des einzelnen von seinen Kollegen: ein Angebot „der vereinbarten Leistung“ kann nur durch die Gemeinschaft erfolgen. Daher kann der Einzelarbeitnehmer oder auch eine Anzahl Arbeitswilliger den Arbeitgeber nicht in Verzug setzen, da keine mögliche Leistung, kein möglicher Leistungsanteil vorliegt.

Der Simsonsche Vorschlag ist zu schematisch. Er regelt die Fälle nur nach dem äußeren Geschehen, nach dem tatsächlichen Erscheinen oder Nichterscheinen einer Anzahl von Arbeitern; es bietet sich nach ihm keine Möglichkeit, die Zumutbarkeit des Verhaltens für beide Parteien, also auch den Arbeitgeber, zu unter-

[131]) Dies bestreitet Herschel A. R. 1923, S. 684: „Auf dem Boden dieser Theorie sei eine juristische Begründung des RG.- Urteils unmöglich.“
[132]) Teilstreik S. 36 ff.

suchen. So würden auch in Fällen, in denen der eigentliche Grund der Erfüllungsunmöglichkeit nicht bei der Arbeiterschaft liegt und der Arbeitgeber mit gutem Willen durch Bewilligung der Forderungen der Streikenden den Arbeitswilligen die Arbeitsgelegenheit beschaffen könnte, die Arbeitswilligen ihren Anspruch verlieren. Ferner würde auch dann, wenn nicht ausgerechnet alle Arbeitnehmer anwesend sind, also auch wenn einzelne Arbeiter krank sind, das Angebot der übrigen nicht das „der vereinbarten Leistung" sein, da ja kein vollständiges Angebot seitens der Gemeinschaft vorläge. Wir erkennen: eine planvolle, alle Fälle vernünftig erfassende Regelung bietet dieser Simsonsche Gedanke trotz seiner anzuerkennenden kollektivistischen Begründung nicht.

Die bisherigen Versuche einer Einordnung des Neuen unter die Vorschriften des BGB. gingen immer von der einen Voraussetzung des Annahmeverzuges, dem Angebot einer möglichen Leistung aus, so das RG. und auch, wie eben dargelegt, Simson. Wir gedenken dagegen in unmittelbarer Anknüpfung an § 615 das Vorliegen des Annahmeverzuges zu leugnen, indem wir der anderen Voraussetzung, der Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers, einmal nachgehen.

Im allgemeinen bei Betriebsstockungen ist der Arbeitgeber nicht in der Lage, die Arbeitsräume in der vertragsmäßigen Weise zur Verfügung zu stellen; und diese Unterlassung ist ihm allgemein, da es auf Verschulden beim Annahmeverzug nicht ankommt, zuzurechnen. Von diesem Gedanken geht auch die allgemeine, bisher herrschende Ansicht aus, indem sie sich nur mit der Möglichkeit der Leistung befaßt und auch beim Teilstreik die andere Voraussetzung des Annahmeverzuges, da der Arbeitgeber, wenn auch schuldlos, tatsächlich die Substrate nicht stellen kann, als selbstverständlich gegeben ansieht.

Wir stellen dagegen den neuen Satz auf: „Im Falle des Teilstreiks liegt keine Mitwirkungsunterlassung seitens des Arbeitgebers vor. Die Mitwirkungshandlung ist unter der Voraussetzung des vertraglichen Mitwirkens der Arbeiterschaft als geschehen anzusehen." Das heißt also, abgesehen von dem Streit um die Möglichkeit der Leistung, trotz vielleicht vorliegender Möglichkeit ist doch kein Annahmeverzug gegeben, da es an der vertragsmäßigen Mitwirkung des Arbeitgebers nicht mangelt. Zwar hat Titze [133]) schon dargelegt, beim Teilstreik „lasse sich nicht sagen, daß der Unternehmer den Arbeitswilligen gegenüber eine nach dem Vertrage von ihm zu erwartende Mitwirkung bei der Beschaffung des Arbeitssubstrats verabsäumt habe". Er stellt dies aber nur eben nebenhin fest, ohne —

[133]) J. W. 1922, S. 550.

wie wir es versuchen wollen — näher auf die Annahmeverzugsvorschriften und -voraussetzungen einzugehen.

Oben bei der Begründung der Trautmannschen Ansicht mußten wir feststellen, daß der Arbeitgeber, weil er seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkam, deren Erfüllung die Voraussetzung der Möglichkeit der schuldnerischen Leistung bedeutete, trotz der Unmöglichkeit der Leistungsbewirkung verantwortlich zu machen war. Jetzt gilt es den Satz zu formulieren, daß darum, weil der für den Betrieb wesentliche Teil der Arbeiterschaft nicht zur Stelle ist, dessen Erscheinen die Voraussetzung der Möglichkeit der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers ist, trotz der tatsächlichen Unmöglichkeit der Gläubigermitwirkung die Arbeiterschaft verantwortlich zu machen ist. Und zu diesem Satz müssen wir kommen, wenn wir anerkennen, daß die Arbeiterschaft eines Unternehmens eine Gemeinschaft darstellt, eine Geschlossenheit von Personen, die gegenseitig für ihre Handlungen dem Arbeitgeber gegenüber verantwortlich sind.

Nach der alten individualistischen Auffassung gäbe es eine solche Verantwortlichmachung nicht; da müßte, wie in der Regel sonst, der Arbeitgeber für seine Mitwirkungsunterlassung einstehen. Hier ist die Lage aber anders. In den oben behandelten Fällen der Arbeitshinderung im allgemeinen wird die Mitwirkungsunterlassung verursacht durch ein von außen kommendes Ereignis; im Falle des Teilstreiks aber kann der Arbeitgeber die Mitwirkung nicht vornehmen, weil ein Teil der Arbeiterschaft durch ihr Verhalten diese Mitwirkung unmöglich macht, die Mitwirkungshandlung, deren Voraussetzung das Erscheinen und Tätigwerden des für den Betrieb wesentlichen Teil der Arbeiterschaft ist.

Sieht man auf die Kausalität des Handelns der Beteiligten für die Arbeitshinderung, dann stellt sich die Lage so dar: Zur Erfüllung des Vertrages ist nötig

1. das Erscheinen und Tätigwerden des für den Betrieb wesentlichen Teils der Arbeiterschaft,
2. die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers,
3. die Leistung der Arbeitswilligen als des anderen Teils der Arbeiterschaft.

Diese drei Glieder der Kausalkette sind voneinander abhängig. Daher kann nicht der Arbeitgeber, der erst an zweiter Stelle der Kausalreihe steht, für ein Betriebshindernis verantwortlich gemacht werden, das seinen Grund schon an der ersten Stelle hat. Der Arbeitgeber könnte seiner Mitwirkungspflicht nachkommen, wenn die Arbeiterschaft die ihrerseits erforderliche Mitwirkung vornähme; das heißt also, er kann es nicht aus einem Grunde, der auf seiten der Arbeiterschaft liegt. Der eigentliche, der Urgrund,

wie Oertmann schon gesagt hat[134]) (allerdings ohne eine klare Eingliederung in die Annahmeverzugsvorschriften, wie wir es versuchen), die maßgebende Bedingung der Unmöglichkeit der Erfüllung wird im Falle des Teilstreiks von der Seite der Arbeiterschaft, wenn auch nicht von den Einzelarbeitswilligen, gesetzt.

Man kann also folgerichtig, ebenso wie man davon spricht, daß die Leistung der Arbeitnehmer möglich sein müsse unter der Voraussetzung der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, hier davon sprechen, daß eine vom Arbeitgeber zu vertretende Mitwirkungsunterlassung nur vorliegen könne unter der Voraussetzung des Erscheinens des für die Inbetriebsetzung der Fabrik wesentlichen Teils der Arbeiterschaft. Denn der Arbeitgeber kann von sich allein aus nie die Fabrik in Gang setzen und wäre also sonst, da er dazu immer Arbeitnehmer braucht, in jedem Fall auf deren guten Willen angewiesen, wenn er nicht in Verzug kommen wollte. Der Arbeitgeber hat die tatsächliche Mitwirkungsunterlassung nicht zu vertreten. Die Mitwirkungshandlung ist vielmehr als geschehen anzusehen, da der Arbeitgeber unter der Voraussetzung der Mitwirkung der Gegenseite, der Arbeiterschaft, zu ihr bereit und imstande war.

Es ist zuzugeben, daß diese neue Ansicht wie die Trautmanns auf einer Unterstellung, einer Fiktion aufbaut. Ein anderer Weg ist aber, wenn man überhaupt auf Grund des BGB, das eigentlich den Gedanken einer solchen Verbundenheit der Arbeitnehmer nicht kennt, zu einem vernünftigen Ergebnis kommen will, nicht möglich.

Es wurde soeben auf den Kausalzusammenhang hingewiesen, der zwischen den einzelnen Erfüllungskomponenten bestehe. Da könnte nun gegenüber dem Ergebnis eingewandt werden, bei einem Streik liege die Entscheidung über die Möglichkeit der Leistungsbewirkung immer im Willen des Arbeitgebers. Er habe es jederzeit in der Hand, seiner Mitwirkungspflicht nachzukommen, da er die Forderungen der Teilstreiker ja bloß zu bewilligen brauche. Daher werde der eben behauptete Kausalzusammenhang in jedem Falle durch den dazwischentretenden Willensentschluß des Arbeitgebers unterbrochen; das erste Glied, das Nichterscheinen der Teilstreiker, sei also gar nicht zu berücksichtigen, und der Arbeitgeber habe immer trotz Vertragsbruchs, trotz der etwaigen Unangemessenheit der Forderungen für die Mitwirkungsunterlassung einzustehen.

Auf diese Weise wäre der Arbeitgeber durch arglistiges Verhalten der Arbeitnehmer immer in Annahmeverzug zu setzen, indem ein Teil von ihnen einfach unter übermäßigen Lohnforderungen die Arbeit niederlegte und die „Arbeitswilligen“ dann bei Nichtbewilli-

[134]) K. A. Annahmeverzug 1925; ebenso in NZfA. 1922, S. 464. Ähnlich hat Hueck (H. d. A. R. 11, S. 93) festgestellt: Der Grund der Arbeitshinderung „stammt aus ihrer Sphäre“.

gung Annahmeverzug behaupteten, da ja der ablehnende Willensentschluß des Arbeitgebers den Kausalzusammenhang unterbrochen habe. Man könnte in solchen Fällen vielleicht von der Möglichkeit der Einrede der Arglist sprechen.[135]) Der Fall des § 162 Abs. 2 BGB, wo der Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben herbeigeführt wird, würde ungefähr ähnlich gelagert sein. Wir erkennen daraus für unseren Weg, daß es wesentlich auf die Frage der Zumutbarkeit ankommt, daß Treu und Glauben bei der Betrachtung der Kausalkette eine maßgebende Rolle spielen müssen. Es ist zu fordern, daß die Fälle auf das wirklich zumutbare Verhalten der Arbeiterschaft und des Arbeitgebers hin betrachtet werden; und es erweist sich als notwendig, daß dabei die wirtschaftlichen Verhältnisse in hohem Maße in Betracht gezogen werden.

Es ist vorerst festzustellen, daß der Lohnanspruch der Arbeitswilligen im Fall eines Teilstreiks nur fortfallen kann, wenn ihre Beschäftigung wirklich unmöglich ist.[136]) Wenn der Arbeitgeber trotz des Fehlens der Streikenden die Arbeitsräumlichkeiten und -geräte stellen kann, d. h. also wenn das Nichterscheinen der Streikenden eine unbedingte Arbeitshinderung für die anderen Arbeitnehmer gar nicht zur Folge hat, behalten die Arbeitswilligen den Anspruch, da dann der Grund der Arbeitshinderung ja nicht auf seiten der Arbeiterschaft, sondern beim Arbeitgeber liegt.

Nun ist aber außer der tatsächlichen Unmöglichkeit auch eine wirtschaftliche Unmöglichkeit der Beschäftigung in Betracht zu ziehen. Es muß auch die Frage geprüft werden können, ob dem Arbeitgeber unter dem Gesichtspunkt der Ertragsfähigkeit des Unternehmens zuzumuten war, trotz Fehlens der Streikenden den Betrieb aufrechtzuerhalten. So ergab sich bei einem Fall, den das Gewerbegericht Bremen [137]) zu entscheiden hatte, daß ein Teil der Arbeitnehmer durch passive Resistenz den Arbeitgeber veranlaßt hatte, den Betrieb stillzulegen, weil dieser nicht mehr in der für das Werk zuträglichen Form weitergeführt werden konnte. In demselben Sinne prüfte das Oberlandesgericht Karlsruhe [138]) nach, „ob der Betriebsleitung vom wirtschaftlichen Standpunkt zugemutet werden konnte, den Betrieb ohne die Streikenden durchzuhalten“. In beiden Fällen ist u. E. mit Recht der Richter darauf eingegangen, ob noch eine

[135]) Eine solche hatte z. B. das Kammergericht im Falle eines Teilstreiks angenommen. Urteil vom 16. 12. 22, JW. 1922, S. 1245; ebenso Buchwald, A. R. 1922, S. 258.

[136]) So mit Recht Schiedssprüche Schl. A. Hamburg-Hafen, Hans. G. Z. A.R. 24, S. 55; 26, S. 73.

[137]) Urteil vom 2. 5. 19 in GKG., Bd. 24, S. 263.

[138]) Das Gericht schließt sich sonst der Begründung des RG.-Urteils vollkommen an. Urteil vom 20. 1. 26, NZfA. 1927, S. 51.

Rentabilität des Unternehmens vorlag und hat die Zumutbarkeit der Fortführung des Betriebes für den Arbeitgeber untersucht.

Weiterhin muß auch in Fällen, in denen eine Beschäftigung der Arbeitswilligen ohne die Mitwirkung der Streikenden tatsächlich unmöglich ist, eine Nachprüfung des wirtschaftlich Möglichen gestattet sein. Der Richter muß auf die Frage eingehen können, ob der Arbeitgeber durch Bewilligung der Forderungen der Streikenden nicht seiner Gläubigermitwirkungspflicht hätte nachkommen können. Das Reichsgericht lehnte zwar in seiner Entscheidung vom 6. 2. 1923 ein Eingehen auf die rein wirtschaftliche Frage, ob dem Arbeitgeber eine Lohnerhöhung zuzumuten gewesen sei, ab und meinte, eine Befassung mit derartigen Fragen müsse zu unmöglichen Eirgebnissen der Rechtsprechung führen. „Es sei das gute Recht des Arbeitgebers, neue Lohnforderungen abzulehnen; es sei ausschließlich Sache der Beteiligten, darüber zu befinden, was zur Wahrnehmung ihrer Interessen in solchen Fällen geboten sei."

Unserer Auffassung nach muß aber der Richter auch in solchen Fällen beide Beteiligten auf das ihnen zumutbare Verhalten hin betrachten können. Man denke daran, daß die Verhältnisse sich sehr verschlechtert haben und der Arbeitgeber sich grundlos sträubt, in die Lohnerhöhung einzuwilligen, so wäre nach der Auffassung des Reichsgerichts trotzdem darauf keine Rücksicht zu nehmen, sondern es müßte das tatsächliche Erscheinen oder Nichterscheinen der für den Betrieb wesentlichen Arbeitnehmer für die Entscheidung allein maßgebend sein.

Die Zweifel, zu denen diese Ansicht Anlaß bietet, hebt mit Recht Nörpel hervor, indem er meint, „der Grundsatz der Arbeitsgemeinschaft müsse zum mindesten einschließen, daß die Gerichte prüften, ob ein Verschulden des Arbeitgebers vorliege." [139]) Verschulden im Rechtssinne, darauf soll es hier nicht ankommen. Es steht natürlich jedem frei, seine Interessen wahrzunehmen. Aber ein objektiver Maßstab ist doch an das Verhalten der Parteien zu legen. Die Zumutbarkeit des Handelns muß für Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgewogen werden können; es kann nicht nur auf das formelle vertragsmäßige oder -brüchige Verhalten ankommen.

Es ist doch sehr wohl möglich, daß die streikenden Arbeitnehmer im Recht sind. Soll man da den anderen Arbeitnehmern zumuten, auf die Streikenden einzuwirken, obwohl sie selbst von deren rechtmäßigem Handeln vollkommen überzeugt sind, nur aus dem Gedanken heraus, den Lohnanspruch selbst nicht zu verlieren? — So wäre wirklich eine „Verlustgemeinschaft" vorhanden. Nach dem von uns vorgeschlagenen Wege ist es aber möglich, beiden Teilen gerecht zu

[139]) Die Arbeit, 1925, S. 225.

werden und an das Handeln beider unter Treu und Glauben den richtigen Maßstab anzulegen.

So liegt bei Angemessenheit der Lohnforderungen, da der Arbeitgeber dann bei wirklich gutem Willen sehr wohl zur Vertragserfüllung mitwirken könnte, der eigentliche Grund der Arbeitshinderung nicht auf seiten der Arbeiterschaft, sondern dies erste Glied der Kausalreihe ist nach Treu und Glauben auszuschalten; die Kette beginnt erst mit der Mitwirkungshandlung, die der Arbeitgeber, wenn er wollte, bewirken könnte.

Hier tritt auch der Unterschied unseres Vorschlages von dem Simsons hervor. Er wollte es allein auf die Vollständigkeit des Angebots der Leistung seitens aller Arbeitnehmer ankommen lassen; so wäre auch bei Angemessenheit der Lohnforderungen bei Nichterscheinen der für den Betrieb wesentlichen Arbeitnehmer das Angebot der Arbeitswilligen nicht als das „der vereinbarten Leistung“ anzusehen. Und so müßte in einem den Arbeitnehmern nachteiligen Sinne entschieden werden. Nach unserer Auffassung ist man nicht nur auf das rein Tatsächliche angewiesen, ob das Angebot vollständig oder nicht vollständig ist. Nach unserem Vorschlage ist es möglich, auch die Arbeitgeberseite zu beachten und festzustellen, ob auf seiten des Gläubigers auch ein mit Treu und Glauben zu vereinbarendes Verhalten vorliegt.

Wir gewinnen also als Ergebnis, daß das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, wenn man nach Treu und Glauben den eigentlichen Grund der Arbeitshinderung auf Seiten der Arbeiterschaft sehen muß, nicht in den Betriebs- und Geschäftskreis des Arbeitgebers zu rechnen ist, da seine Mitwirkungshandlung unter der Voraussetzung des Mitwirkens der Arbeiterschaft als geschehen anzusehen ist. Die eine Voraussetzung des Annahmeverzuges, die Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers ist also, ganz abgesehen von der Entscheidung über die Möglichkeit der Leistung, die wir offen lassen wollen (sie paßt nicht für alle Fälle wie gezeigt), nicht gegeben.

Wir stellen also fest: Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt nicht vor. Es greift Platz der allgemeine Grundsatz — „Leistung nur bei Gegenleistung“, der im Dienstvertragsrecht im § 614 auch zum Ausdruck kommt und nur durch die besonderen Ausnahmefälle der §§ 615, 616 durchbrochen ist. Allein in diesen beiden Fällen behalten die Arbeitnehmer trotz Nichtleistung der Arbeit den Lohnanspruch. Da aber im Falle des Teilstreiks § 616 von vornherein ausscheidet und auch — wie dargelegt — Annahmeverzug nach § 615 trotz des vielleicht vorliegenden Angebots einer möglichen Leistung seitens der Arbeitnehmer nicht gegeben ist, kommt ein Lohnfortzahlungsanspruch der Arbeitswilligen nicht in Frage.

§ 11
Das Ergebnis und der Arbeitsvertragsgesetzentwurf.

Die beiden im vorigen Abschnitt dargelegten Ansichten, sowohl der Simsonsche Weg wie der von uns gewiesene, haben im Sinne der kollektivistisch durchgeführten Trautmannschen Anschauung die Begründung einer richtigen Einordnung der kollektivistischen Gesichtspunkte in das BGB. gesucht. Beide verkennen nicht die Entwicklung der Verhältnisse seit der Schöpfung des BGB, die Notwendigkeit der praktischen Umsetzung der kollektivistischen Ansichten in brauchbare, gewohnte gesetzliche Begriffe. Im alten BGB. konnte der Gedanke „Kollektivismus" noch nicht zu finden sein, und so mußte, wenn man nicht verzichten oder überhaupt die Anwendbarkeit des BGB. leugnen wollte, bis zur tatsächlichen Regelung der gesamten Materie in modernem Sinne eine Methode der Vereinbarkeit des Neuen mit dem Alten gesucht werden.

Endgültige, unanfechtbare Klarheit wird immer nur eine gesetzliche Regelung bringen. In anderen Gebieten des Arbeitsrechts hat man eine der Wirklichkeit entsprechende gesetzliche Klarheit schon zu schaffen verstanden. In unserem Kreis bleibt die Unanfechtbarkeit noch der Zukunft überlassen. Es ist aber wertvoll festzustellen, daß der schon seit 1922 bestehende Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, der Hauptteil eines kommenden Arbeitsgesetzbuches, den neuen Gedanken in der von uns gewünschten Form Rechnung trägt.

Der § 76 dieses Entwurfs [140]), der in der Sitzung vom 5. Februar 1922 unter Zuziehung einer großen Zahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern festgestellt wurde, entscheidet unsere Frage in klarer Weise und wird wohl bei der endgültigen Beratung einen der am meisten umstrittenen Punkte bilden. Es heißt dort, nachdem grundsätzlich bei speziellem Betriebsrisiko die Gefahr dem Arbeitgeber zugewiesen worden ist: „Der Arbeitnehmer hat keinen Entgeltsanspruch, soweit Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern das Arbeitshindernis verursachen." Die Fassung geht also noch über das von uns für zulässig und tragbar Erklärte hinaus, indem sie allgemein Arbeitnehmer für Arbeitnehmer einstehen läßt. Der Entwurf schafft zwar wie Simson eine ganz klare, aber auch recht harte und unbillige Regelung, der wir vorwerfen müssen, daß sie dem Subjektiven zu wenig Beachtung schenkt, daß sie es nur auf das Objektive, Tatsächliche, nicht die dem Handeln der Parteien zugrundeliegenden Ursachen ankommen läßt.

Immerhin erhellt doch aus dem § 76, daß man im amtlichen Entwurf sich ganz vom Boden des Althergebrachten gelöst und

[140]) Abgedruckt im 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, Stück 2, S. 6.

sich nicht gescheut hat, die tatsächlichen Verhältnisse sich auch im Recht auswirken zu lassen. Und in eben demselben Sinne unternahmen wir auch den Versuch einer Einfügung des Ergebnisses in das BGB, daß die Entwicklung des Gesetzes, seine Fortbildung in einer den Verhältnissen angemessenen Weise nie hinter der Wirklichkeit zurückbleiben darf um abstrakter Dogmen willen, die aus ganz anderen Zeiten stammen. Die veränderten Verhältnisse erfordern auch eine Veränderung am alten Bau des BGB.

Und daß diese zeitgemäße bauliche Erweiterung das Aussehen des alten Gebäudes nicht so sehr beeinträchtigt, sondern daß sich Altes und Neues in treffender Vereinung durchaus zu einem den wirklichen Verhältnissen und Anschauungen entsprechenden Bau zu ergänzen vermag, hoffen wir an einem kleinen Ausschnitt der Arbeitsrechtswissenschaft mit unserer Frage nach der Kausalität der Mitwirkungsunterlassung des Arbeitgebers für die Arbeitshinderung im Falle des Teilstreiks gezeigt zu haben.

Lebenslauf.

Geboren am 3. März 1905 in Charlottenburg als Sohn des Regierungsrats Otto Böhlhoff und seiner Ehefrau Aenne geb. Vogel, evangelischer Konfession, preußischer Staatsangehörigkeit, besuchte ich das Kaiserin Augusta-Gymnasium zu Charlottenburg und bestand dort am 5. März 1923 die Reifeprüfung. Ich studierte vom Sommersemester 1923 bis Sommersemester 1926 an den Universitäten Berlin (4 Semester) und Marburg (3 Semester) Rechtswissenschaft und bestand am 8. Dezember 1926 vor dem Oberlandesgericht Cassel das Referendarexamen. Am 4. Januar 1927 wurde ich im Bezirk des Kammergerichts zum Referendar ernannt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 18. März 1927.